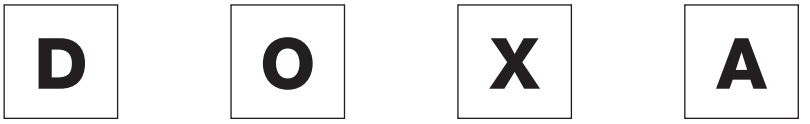


CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa

DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en *ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, DICE, ESCI, IN-RECJ, ISOC, Latindex, MIAR y PIO*.

«Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» es una publicación de carácter anual que, desde 1984, trata de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.

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

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

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

I. S. S. N.: 0214-8676

Depósito legal: M-27.661-1989

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2015

Printed in Spain

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2015

ÍNDICE

Pág.

Conocimiento experto y argumentos probatorios

Susan Haack:
La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados
Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers 15

Pablo Bonorino:
Entimemas probatorios
Evidenciary Enthymemes 41

Carlos de Miranda Vázquez:
Prueba directa* vs. *prueba indirecta (un conflicto inexistente)
Direct Evidence vs. *Circumstantial Evidence (An Unreal Conflict)* 73

Carmen Vázquez:
La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales
The Admissibility of Expert Evidence and the Rationality of Judicial Decision-Making 101

Luis Alfonso Malavé Naime:
Inteligencia Artificial,* In Dubio Pro Reo *y Presunción de Inocencia. Modelando principios del juicio penal mediante un sistema argumentativo
Artificial Intelligence, In Dubio Pro Reo *and Presumption of Innocence. Modeling Principles of Criminal Trial by an Argumentation System* 131

Problemas de ética normativa

Macario Alemany:
Ricos y pobres: sobre el fundamento y alcance del deber de ayuda al prójimo
Rich and Poor People: the Rationale and Scope of the Obligation of Aid to the Strangers 159

Pág.

Jahel Queralt Lange:
El igualitarismo de la suerte
Luck Egalitarianism 189

Francesco Biondo:
Desobediencia civil y participación política. Algunas cuestiones abiertas que se plantean en las democracias constitucionales (y la teoría del derecho)
Civil Disobedience and Political Participation. Some Open Questions Raised in Constitutional Democracies (and Legal Theory) 215

Betzabé Marciani Burgos:
Los dilemas de la laicidad positiva: un análisis a partir del caso peruano
The Positive Laicism Dilemmas: an Analysis of the Peruvian Case 237

Artículos

J. J. Moreso:
Los límites de la tesis de la incorporación
The Limits of the Incorporation Thesis..... 265

Rafael Vega Pasquin:
Reflexiones sobre la concepción y el ejercicio del derecho: neoconstitucionalismo y claves hermenéuticas
Reflections on the Conception and Exercise of Law: Neoconstitucionalism and Hermeneutical Keys 283

Federico de Fazio y Martín Aldao:
Los derechos sociales fundamentales en Nino: Una línea fértil para la metodología jurídica
Social Fundamental Rights in Carlos S. Nino. A Fertile Line for the Legal Theory. 301

Juan Luis Moreno:
Principios implícitos y relaciones sistemáticas
Implicits Principles and Systematics Relations..... 319

Minor E. Salas:
Ni Roxin ni Jakobs: ¿necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?
Neither Roxin nor Jakobs: Does Criminal Law Theory Need a New Repertoire of Empty Formulas?..... 347

Javier Pamparacuatro Martín:
Derecho (torcido) para una era demagógica
Twisted Law for a Demagogic Age..... 375

Pág.

Dante Augusto Palma:
Las minorías en el lenguaje del derecho. Performatividad, cuerpos y teoría de las ficciones
Minorities in the Language of Law. Performativity, Bodies and Theory of Fictions. 401

Jesús Vega:
Una visita de Kelsen
A Visit by Kelsen 417

Notas

Santiago Truccone Borgogno:
Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño
Law, Moral and he Non-Identity Problem: Notes about the Concept of Harm 473

Álvaro Núñez Vaquero:
Sobre «Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa», de Aldo Schiavello
On « Some Arguments in favor of a Interpretative Legal Science» by Aldo Schiavello 501

Juan Antonio García Amado:
Sobre interpretaciones posibles del derecho y de los textos de Enrique P. Haba
On Possible Interpretations of the Law and Texts of Enrique P. Haba 525

Enrique P. Haba:
Sobre la in-distinción propuesta entre* cómo *son «posibles» las interpretaciones reales y unas que son «posibles» imaginariamente
About the Non-Distinction Proposed between How *Real Interpretations are «Possible» and How Some Other Ones are imaginarily «Possible»* 537

Entrevista

Manuel Atienza:
Entrevista a Francisco Laporta
Interview to Francisco Laporta 557

CONOCIMIENTO EXPERTO
Y ARGUMENTOS PROBATORIOS

LA EVALUACIÓN POR PARES Y LA PUBLICACIÓN: LECCIONES PARA ABOGADOS*

Susan Haack

University of Miami

RESUMEN. La Corte Suprema estadounidense en el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* especificó como un posible criterio a tomar en consideración por los jueces para decidir la admisibilidad de las pruebas científicas la revisión por pares y la publicación de trabajos sobre la teoría o técnica subyacente al elemento de prueba en cuestión. En este trabajo se abordan algunos de los problemas que los actuales sistemas de revisión por pares y publicación enfrentan y que permiten cuestionar la utilidad del criterio si el objetivo de los tribunales es valorar la calidad de la información científica.

Palabras clave: Evaluación por pares, publicaciones, pruebas científicas, fiabilidad de la prueba pericial.

Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers

ABSTRACT: In *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.,* the Supreme Court of the United States said that a pertinent consideration in order to determine the admissibility of scientific evidence is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication. This work analyses some of the problems faced by the current systems of peer review and publication, which also call into question their use as an indicia of the reliability of scientific information.

Keywords: Peer review, publications, scientific evidence, reliability of expert evidence.

* Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2013. Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2013. Este trabajo fue publicado en inglés en *Stetson Law Review,* 36, núm. 3 (2007), 789-819.

> Una consideración pertinente [para determinar si una teoría o una técnica es conocimiento científico que asistirá al juzgador de los hechos] es si la teoría o técnica ha sido sometida a una evaluación por pares y publicada.
>
> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993)[1]

La frase «evaluación por pares» connota la revisión del trabajo científico o de otro corte académico por terceros que se supone tienen *expertise* en el área relevante («pares»). Específicamente, y más relevante para el propósito de este artículo, se refiere a la evaluación de manuscritos con el objetivo de determinar qué trabajos serán publicados en las revistas especializadas y cuáles libros serán publicados por editoriales académicas (contexto en el cual también es conocido como «arbitraje», «dictamen de pares», «proceso de revisión entre pares para la publicación»)[2]. Ocasionalmente, sin embargo, la frase se llega a usar en un sentido mucho más amplio para referirse a todo el largo camino de escrutinios a los que es sometido un trabajo científico en una comunidad científica y los esfuerzos de otros para usarlo como punto de partida[3], un proceso largo en el que la evaluación por pares en sentido estricto es sólo una pequeña parte.

Estas dos concepciones de la evaluación por pares, la amplia y la estricta, entran en juego en los argumentos sobre la admisibilidad de las pruebas periciales presentadas por los demandantes en el caso *Daubert*[4]. En 1989, concediendo un fallo sumario a Merrell Dow con el fundamento de que las pruebas ofrecidas por los Daubert sobre la relación causal eran inadmisibles, la *District Court* había enfatizado que «ninguno de los estudios *publicados* mostraba una correlación estadísticamente significativa entre el uso del Bendectin y los defectos congénitos»[5]; y, en 1991, el juez KOZINSKI al confirmar esta decisión, argumentando que «ningún estudio epidemiológico publicado ha establecido una correlación estadísticamente significativa entre el Bendectin y los defectos congénitos» y que «el proceso normal de evaluación por pares [...] es uno de los rasgos distintivos de la investigación científica fiable», también consideró que las publicaciones arbitradas eran un factor clave[6].

En 1993, cuando el caso llegó a la Corte Suprema, un *amicus brief** presentado por CHUBIN *et al.,* criticó la confianza de los tribunales inferiores en las publicacio-

---

[1] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 509 U.S. 579, 593 (1993) [en adelante *Daubert* (1993)].

[2] En inglés la frase «*peer review*» algunas veces también hace referencia a la evaluación de la clínica realizada por los practicantes *senior* en un área de conocimiento (contexto en el cual se conoce como «*clinical peer review*»); a la evaluación realizada para revisar propuestas para subvenciones propuestas y decidir qué proyectos financiar (contexto en el que se llama «*grant peer review*» o «*merit review*»); y a la evaluación de resúmenes o artículos sometidos para determinar cuáles serán presentados en un congreso.

[3] «La evaluación por pares en su sentido más amplio puede decirse que ha existido desde que la gente empezó a identificar y comunicar lo que consideraban como nuevo conocimiento» (KRONICK, 1990: 1321).

[4] CHAN, 1995: 113.

[5] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 727 F.Supp. 570, 575 (S.D. Cal. 1989) [en adelante *Daubert* (1989)].

[6] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 951 F.2d 1128, 1129, 1131 n.3 (9th Cir. 1991) [en adelante *Daubert* (1991)].

* *N. de la T.:* un *amicus brief* es un informe (*brief*) presentado por un tercero (*amicus*) que tiene un fuerte interés u opinión en el tema del litigio del que *no* es parte. Dicho informe puede ser solicitado por el propio tribunal u ofrecido de forma voluntaria por el *amicus*, en este último caso tiene que contar con la anuencia

nes arbitradas, argumentando que «el sistema de evaluación por pares está diseñado para proveer un punto de inicio común y conveniente para el debate científico, más no la última palabra del conocimiento científico existente» y que «contrario al mito "generalmente aceptado", la publicación de un artículo en una revista con *referato* no asegura que la investigación, las metodologías [o] los análisis [...] sean verdaderos, exactos, [...] fiables o ciertos, o indicadores de "buena ciencia"»[7]. Y mientras que la decisión del magistrado BLACKMUN incluía «la revisión por pares y la publicación» como un factor que los tribunales podrían considerar para determinar si una prueba científica es «fiable» en el sentido exigido para ser admisible, lo hacía de forma muy restrictiva y cautelosa —reconociendo que el proceso de evaluación por pares para la publicación no garantiza la «fiabilidad probatoria», pues bien podrían frenarse trabajos bien fundados porque son innovadores; y que un mejor indicador es sobrevivir a largo plazo al escrutinio de la comunidad científica, *i. e.,* a la revisión por pares en un sentido amplio—[8].

Finalmente, en 1995, una vez que la Corte Suprema había ordenado la reposición y traslado del caso, el juez KOZINSKI reconociendo, como lo había hecho también el magistrado BLACKMUN, que una publicación arbitrada no garantizaba la fiabilidad del testimonio, argumentó que no obstante el hecho «[d]e que una investigación sea aceptada para su publicación en una revista científica de buena reputación [...] es una indicación significativa de que [...] ésta satisface al menos los criterios mínimos de la buena ciencia»[9]. Así pues, dado que «[n]inguno de los peritos de los demandantes ha publicado en una revista científica su investigación sobre el Bendectin», confirmó una vez más el fallo sumario decidido por el tribunal inferior[10].

El objetivo de este trabajo es entender cómo funciona el proceso de evaluación por pares, cuán buen indicador es de que una prueba científica es «fiable» en el sentido jurídicamente relevante y cómo los tribunales estadounidenses podrían hacer un mejor uso de este factor *Daubert*. Así, la mayor parte del resto del artículo me centraré en la evaluación por pares en sentido estricto —es decir, en el proceso de revisión por pares a efectos de la publicación—. Iniciaré con un bosquejo sobre los orígenes de esta práctica, el desigual proceso mediante el cual gradualmente se fue estandarizando en las revistas científicas y médicas y los muchos roles que ahora juega (sección 1); el siguiente paso será articular la explicación de por qué es útil el proceso de evaluación por pares y las limitaciones inherentes del sistema como un mecanismo de control de calidad (sección 2); y luego, hacer un sondeo sobre los cambios en la ciencia, en las publicaciones científicas y en la academia que han puesto bajo severa prueba al sistema de evaluación por pares y sobre algunos ejemplos recientes en los

---

del tribunal. En latín también es conocido como *Amicus Curiae*, es decir, amigo del tribunal. *Vid. Black's Law Dictionary,* 1990, 83.

[7] Informe presentado como *amicus brief* de D. E. CHUBIN *et al.,* en apoyo del demandante, *Daubert*, 1993 (*supra* nota 1) (núm. 92-102), 1992 WL 12006443, *8, *13 («Informe de Daryl Chubin *et al.*») (itálicas y cita omitida).

[8] *Daubert* (1993), 509 U.S., 593.

[9] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 43 F.3d 1311, 1318 (9th Cir. 1995) [en adelante, *Daubert* (1995)]. Para un análisis más detallado de la sentencia del juez KOZINSKI en este caso, *vid.* HAACK (2008), reimpreso en HAACK (2014: 185-88).

[10] *Ibid.,* 1318, 1332.

que un trabajo poco sólido o incluso fraudulento ha pasado la evaluación por pares (sección 3).

Sin embargo, en la siguiente sección, cuando se analicen las observaciones del magistrado BLACKMUN sobre «la evaluación por pares y la publicación» en la decisión del caso *Daubert*, veremos que la «evaluación por pares» en el sentido amplio también tendrá, junto a su sentido estricto, cierto rol. Dicho de forma somera, defenderé que no es de mucha ayuda práctica la idea planteada por el magistrado BLACKMUN sobre que las publicaciones arbitradas no son condición necesaria ni suficiente de la fiabilidad probatoria y que un mejor indicador de la validez científica es sobrevivir a largo plazo al proceso de revisión de la comunidad científica; tampoco es de ayuda la sugerencia que dio a los tribunales, consistente en que las publicaciones arbitradas pueden ser un factor relevante pero no determinante para decidir la admisibilidad (sección 4).

Posteriormente, si una prueba pericial ha sido excluida en parte porque no está fundada en una publicación arbitrada o si ha sido admitida a pesar de no tener tales fundamentos, los tribunales, por lo general, parecen no haberse preguntado cuestiones que podrían arrojar luz sobre qué significa que una concreta publicación está arbitrada, o que no lo está. Pero, como veremos, el escrutinio de inusual sentido común realizado por un tribunal de Pensilvania sobre la literatura arbitrada del Bendectin muestra cuán débil puede ser la «evaluación por pares y la publicación» —y deja a uno incómodamente preguntándose sobre la forma en que este «factor *Daubert*» fue objeto de atención de los tribunales por primera vez (sección 5)—[11].

1. EL PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES PARA LA PUBLICACIÓN: SUS RAÍCES HISTÓRICAS Y SUS ROLES ACTUALES

A los científicos siempre les ha interesado que su trabajo sea reconocido como suyo y se han preocupado sobre lo que de forma encantadora R. BOYLE describió como «*philosophicall robbery*» («robo filosófico»), también conocido como plagio[12]. Incluso antes de que las *Philosophical Transactions* de la *Royal Society of London* fueran creadas en 1655, la Sociedad quiso darle un toque oficial a la prioridad del científico en el descubrimiento mediante el recordatorio de la fecha en la que recibió una carta anunciando un experimento o una observación[13]. Como H. OLDENBURG, el primer editor de las *Transactions*, le dijo a BOYLE, la Sociedad sería: «Muy cuidadosa en registrar tanto a la persona y el momento de cualquier nueva cuestión comunicada, como los resultados mismos; a través de lo cual el honor de un invento será preservado inviolable para toda la posteridad»[14]. Gradualmente, las *Transactions* empezaron a indicar qué trabajos habían sido evaluados por representantes de la Sociedad antes de su publicación y cuáles no lo habían sido; y, en 1702 el *Journal des Scavans*, fundado

---

[11] *Blum v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 764 A.2d 1, 3 (Pa. 2000).

[12] ZUCKERMAN y MERTON, 1971: 66.

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.,* 70 [citando *The Correspondence of Henry Oldenburg,* vol. 1, 319 (A. R. HALL y M. B. HALL —eds. y trads.—, Madison, University of Wisconsin Press, 1966)].

justo antes de *Transactions*, había asignado a varios miembros del consejo editorial la responsabilidad de filtrar los trabajos sometidos en un área determinada[15].

En el curso del siglo XVIII muchas otras importantes publicaciones en el área médica y científica adoptaron lo que ahora llamaríamos «evaluación por pares»: en 1731, el Prefacio al primer volumen de los *Medical Essays and Observations*, publicados por la *Royal Society of Edinburgh*, anunció que las memorias enviadas por correspondencia eran distribuidas atendiendo al tema entre aquellos miembros más versados en él[16]; en 1752, la *Royal Society* estableció un comité autorizado para llamar a «cualquier otro miembro de la Sociedad que tuviera conocimiento y buenas habilidades en una rama particular de la Ciencia de la que fuera objeto de estudio» para revisar un artículo sometido a *Transactions*[17]; en 1782, la regulación de la *Académie Royale de Médicine* estableció que «nada sería impreso en *Histoire* o en el *Receuil des memoires* de la Sociedad [...] sin que una asamblea especialmente convocada para ese propósito hubiese decidido por el voto de la mayoría su publicación»[18]; y en 1785, la *Literary and Philosophical Society of Manchester* estableció un comité revisor para seleccionar los trabajos «con la mayor imparcialidad y la estricta atención a sus méritos comparativos» tanto como fuese posible[19].

De acuerdo con el historiador J. BURNHAM, la extensión y evolución de la práctica del proceso de evaluación por pares entre el siglo XIX y las primeras décadas del XX no fue sistemática ni metódica[20]. Algunas de las primeras revistas médicas de inicios del siglo XIX fueron, como BURNHAM apuntó, «vehículos personales» para editores como Th. WAKELY, fundador de *The Lancet*, o H. MAUNSELL, uno de los fundadores de la *Dublin Medical Press*, que posteriormente también se convirtió en dueño del *Dublin Evening Mail*[21]. Algo muy cercano a la situación actual, las revistas científicas y médicas fueron publicaciones oficiales de institutos europeos de investigación (especialmente alemanes); estos foros más especializados confiaban en el juicio experto del editor o de los colegas que componían la planilla editorial, pero publicaban principalmente los trabajos de los miembros de los institutos[22].

Pero en los primeros días de las publicaciones tanto científicas como médicas, el principal problema de un editor era encontrar material suficiente para llenar sus páginas, y no decidir qué trabajo publicar entre los muchos trabajos presentados. En 1876 un comentador observó que «exigir artículos breves y reportes de casos singulares deja muchas páginas disponibles en blanco[23]. Las publicaciones de periodicidad semanal y mensual son omnívoros e insaciables en su solicitud de contribuciones»[24]; incluso en

---

[15] LOCK, 1985: 2.

[16] KRONICK, 1990: 1321 [citando I *Essais et Observations de Médecine de la Société D'edinbourg,* vol. 1, preface (1740)].

[17] *Ibid.,* 1321 (citando a ZIMAN, 1968: 318).

[18] *Ibid.,* 1321-1322 [citando 13 *Histoire De L'académie Royale De Médecine* 19-21 (1782)].

[19] *Ibid.,* 1322 [citando 1 *Memoirs of The Literary and Philosophical Society of Manchester,* prefacio (1785)].

[20] BURNHAM, 1990: 1327-1328.

[21] *Ibid.,* 1324.

[22] *Ibid.,* 1324.

[23] *Ibid.,* 1325.

[24] *Ibid.,* 1325 [citando a BILLINGS (1876), *Literature and Institutions, American Journal of Medical Science,* 72, 439, 460].

1921 el editor de la *Journal of Neurology and Psychopathology* se quejó con un corresponsal de la dificultad de obtener material suficiente para su revista[25]. Fue solamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial que la evaluación por pares, tal como la conocemos hoy, se convirtió en una práctica común de las revistas médicas y científicas[26]; entonces, un cambio significativo en el número de artículos ofrecidos significó que los editores ya no estuvieran buscando material para rellenar sus páginas, sino una forma de seleccionar los trabajos que se publicarían[27].

Hoy en día, el proceso de evaluación por pares para publicar es normal en las revistas médicas y científicas[28]; y también un procedimiento estándar en las publicaciones académicas de otras áreas, incluidas las humanidades (aunque *no* en las revistas jurídicas estadounidenses)[29]. Esto, en consecuencia, también se convirtió en un factor muy importante para la economía de publicaciones científicas, médicas y otras publicaciones académicas; porque el prestigio de grandes casas editoriales tanto científicas como médicas y de las editoriales académicas y, con ello, los altos precios que pueden establecer para sus publicaciones[30], deriva en parte de que tales publicaciones son percibidas como «certificadas» dada la evaluación por pares.

Por otra parte, la evaluación por pares está ahora muy arraigada en los sistemas de promoción y de permanencia de los profesores en las universidades, que exigen publicaciones arbitradas o son menos favorables hacia publicaciones que no son arbitradas y, además, llegan a considerar que la participación de uno de los miembros de la facultad como réferi en revistas académicas o editoriales es parte de su «servicio»[31]. De hecho, a menudo las universidades usan el proceso de evaluación por pares como sustituto —es muy tentador decir, como un sustituto ocioso— de una evaluación sustantiva de la calidad del trabajo de una persona. Tal como en una editorial inusualmente franca de *Nature* se manifestó la queja: «Las universidades [...] han caído en el desprolijo

---

[25] *Ibid.,* 1325 [citando una carta de C. Stanford Read a Smith Ely Jelliffe (con fecha 3 de febrero de 1921), en *Papers of Smith Ely Jellifee,* 1866-1940 (la carta original está en la Library of Congress, Washington, D. C., Box 16)].

[26] SUN, 1989: 910. James McKeen CATTELL, quien editó la revista *Science* desde 1894 hasta su muerte en 1945, aparentemente confiaba ampliamente en su hijo (quien tenía un título de Harvard) para ayudar a revisar los artículos propuestos; pero cuando la *American Association for the Advancement of Science* asumió la revista en 1945, se instituyó un sistema de evaluación por pares.

[27] BURNHAM, 1990: 1236-1237.

[28] LOCK, 1985: 3. En 1985, al menos tres cuartos de las revistas científicas más importantes en occidente, confiaban en la evaluación por pares. En la página siguiente, LOCK (1985: 4) reportó que en 1980 las 100 revistas científicas soviéticas también usaban la evaluación por pares [citaba a A. RELMAN, «Moscow in January», *New England Journal of Medicine,* 302 (1980): 523].

[29] En las revistas jurídicas son usualmente los estudiantes, no los académicos, quienes deciden qué artículos son aceptados. Al respecto, *vid.* POSNER, 2004: 57 (señalando que son los estudiantes editores quienes en última instancia deciden qué artículos publicar y argumenta que las publicaciones en revistas jurídicas son, por esa razón, menos rigurosamente controladas que las publicaciones en otras áreas académicas). Pero, *vid.* el informe presentado como *amicus brief* de D. CHUBIN *et al.* (*supra* nota 7), *8 n. 8 (señalando que las revistas jurídicas son en algunos aspectos *más* rigurosas, dado que los estudiantes editores, que revisan cada cita y nota al pie, pasan mucho más tiempo en los artículos que aquel que pueden pasar los evaluadores pares de las revistas científicas).

[30] En octubre de 2003, científicos de la Universidad de California, San Francisco, organizaron una protesta en contra de Elsevier por una factura de 91.000 dólares para seis revistas de biología; finalmente, la universidad negoció «una reducción del 25% del precio a $7,7 millones al año para 1.200 Elsevier publicaciones» (WYSOCKI, 2005: A1, A8).

[31] EDITORIAL, 1983: 361.

hábito de sustituir su criterio sobre sus propios logros por el juicio de evaluadores externos, ofrecido por el subgrupo apropiado del sistema de evaluación por pares»[32].

Tal como alguna vez P. BRIDGMAN observó, mientras «[u]n perro está contento con dar tres vueltas antes de echarse», un ser humano tiene que pensar en alguna razón sobre por qué ésta es la *mejor* forma de echarse; «[n]o hay una sola institución humana que no ha tenido su origen en el éxito o en el fracaso de una manera más o menos arbitraria, sin embargo, cada una de estas instituciones está justificada por un argumento que pretende mostrar que racionalmente es la mejor posible»[33]. Entonces no es sorprendente que, así como el proceso de evaluación por pares se ha extendido y afianzado en las publicaciones académicas y en la academia misma, algunos se inclinan a exagerar sus virtudes —pensando en el sistema, no como un basto filtro preliminar, sino como un muy buen indicador de calidad—. En 1968, J. ZIMAN describe al *referato* como «el soporte central del que depende toda la empresa científica»; y, más recientemente, P. GROSS, investigador en las ciencias de la vida, escribe que «arbitrada» es —hablando «vagamente pero no incorrectamente»— un «tipo de antónimo» de «sesgo»[34].

Pero incluso si el sistema de evaluación por pares para publicar trabajara perfectamente, estaría inherentemente limitado en aquello que podría hacer para asegurar la calidad —de la cual, la «fiabilidad» en el sentido jurídicamente relevante es sólo una dimensión—; es más, hay buenas razones para temer que, dados los cambios que ha habido en la escala y la cultura de las ciencias desde que el sistema se estandarizó, actualmente el sistema trabaja de forma muy imperfecta.

2. EL PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES PARA LA PUBLICACIÓN: SU UTILIDAD Y SUS LIMITACIONES INHERENTES

En 1946, justo cuando esta práctica se convirtió en un proceso estándar de las revistas científicas, M. POLANYI pronunció su clásica declaración sobre la utilidad epistemológica del proceso de evaluación por pares. Es necesario un sistema para racionar las limitadas oportunidades de publicación, argumentó; dado que la empresa científica depende de compartir efectivamente las pruebas y del escrutinio mutuo, sin un sistema como éste los científicos se verán obligados a perder su tiempo filtrando el trabajo de excéntricos e incompetentes para encontrar lo que vale la pena:

> Supongamos [...] que no se impusiera ninguna limitación evaluativa para la publicación de contribuciones científicas en las revistas. La selección —que es indispensable en vista del limitado espacio— tendría que hacerse mediante algún método neutral —digamos eligiendo al azar. Inmediatamente las revistas estarían inundadas de basura y los trabajos valiosos serían desplazados. Hay siempre muchos excéntricos que envían cantidades de basura sin sentido. Se difundiría material deficiente, confuso, fantasioso, ordinario, no pertinente. Los estafadores y los ineptos combinando todas las variantes de engaños y autoengaños busca-

[32] EDITORIAL, 1983: 361.
[33] BRIDGMAN, 1955: 368.
[34] Correo electrónico de P. R. GROSS, profesor emérito de las ciencias de la vida en la Universidad de Virginia, a S. HAACK, el 11 de julio del 2005 (copia en archivo de la autora). *Vid.* también ZIMAN (1968: 111).

rían publicidad. Enterradas entre tanto material engañoso, las pocas publicaciones valiosas restantes apenas tendrían alguna oportunidad de ser reconocidas[35].

Continua POLANYI, racionar mediante el proceso de revisión por pares es una forma de asegurar que aquello que es publicado al menos cumple con los estándares mínimos de competencia profesional.

> Ninguna contribución propuesta a la ciencia tiene oportunidad de ser generalmente conocida sino es publicada en prensa; y sus oportunidades de reconocimiento son muy pocas a menos que sea publicada en una de las revistas científicas más importantes. Los *réferis* y los editores de tales revistas son responsables de excluir todo aquel material que consideren poco sólido o no pertinente. Ellos tienen la responsabilidad de proteger un estándar mínimo para toda la literatura científica publicada[36].

Las frases clave para nuestros propósitos son «poco sólido o no pertinente» y «proteger un estándar mínimo»[37].

«Poco sólido» y «estándar mínimo» sugieren que no se puede esperar que el proceso de revisión por pares garantice la verdad, la validez de la metodología o la rigurosidad de los cálculos estadísticos usados, etc. Desde sus orígenes, los editores científicos han enfatizado que ellos y sus evaluadores no tienen otra opción que confiar en la integridad de los autores. En 1665 Denis DE SALLO, el primer editor del *Journal des Scavans*, escribió en el primer número que «[su] objetivo sería dar a conocer las ideas de otros sin garantizarlas»[38]; la declaración de 1731 sobre la política del *referato* de la *Edinburgh Society* concluye con la observación de que «la responsabilidad sobre la verdad de los hechos, la solidez del razonamiento y la precisión de los cálculos está totalmente deslindada; y debe descansar únicamente en el conocimiento, el juicio o la habilidad de los autores, quienes respetuosamente han suministrado dicha información»[39].

Y el hecho de que POLANYI usara la palabra «no pertinente» nos recuerda que los editores y los *réferis* no están interesados *solamente* en la verdad, la solidez metodológica, etc.; también les importa, razonablemente, el interés de los trabajos, la legibilidad de los artículos y su idoneidad para una revista particular[40]. Como dijo el anterior editor de *Journal of the National Cancer Institute*, al escribir sobre «[f]iabilidad [...] y otros objetivos inapropiados de la evaluación por pares», «las decisiones editoriales pueden hacer, hacen y deben hacer uso de otros criterios [...] [tales como] la originalidad, la idoneidad del tema dada la revista, [...] la necesidad de un balance de temas en las revistas que tienen una cobertura amplia, la importancia de los descubrimientos para los lectores»[41].

POLANYI deja claro que no es la publicación arbitrada en sí misma lo que da cierta autoridad a los resultados científicos, sino lo que pasa *después* de la publicación del trabajo:

---

[35] POLANYI, 1946: 35-36.
[36] *Ibid.,* 33.
[37] *Ibid.,* 33.
[38] RENNIE, 2003: 2.
[39] KRONICK, 1990: 1322.
[40] POLANYI, 1946: 33-34.
[41] BAILAR, 1991: 137-138.

> Mediante su publicación, un trabajo es expuesto al escrutinio abierto de todos los científicos que se formaran una opinión sobre su valía y, posiblemente, también la expresaran. Pueden dudar o rechazar todas la afirmaciones ahí vertidas, en tanto que, el autor probablemente las defenderá. Después de un tiempo, una opinión más o menos estable prevalecerá. La tercera etapa del escrutinio público por la que debe pasar una contribución a la ciencia para ser generalmente conocida y establecida es su incorporación en los libros de texto o, al menos, en los libros estándar de referencia[42].

Por otra parte, también reconoce que el sistema de evaluación por pares, incluso en su tarea más modesta de «proteger un estándar mínimo», sólo sería exitoso bajo ciertos presupuestos:

> Si todo científico cada mañana se pusiera a trabajar con la intención de hacer la mejor charlatanería que, sin ser descubierto, le ayudara a tener un buen puesto, pronto no existirían estándares efectivos con los que se pudiera detectar tal engaño [...]. Sólo si los científicos permanecen leales a los ideales científicos en lugar de tratar de lograr el éxito con sus colegas, éstos pueden formar una comunidad que defienda tales ideales[43].

Obviamente (aunque POLANYI no lo dice explícitamente) la efectividad del sistema no sólo depende de la integridad de los autores sino también de la integridad de los evaluadores, editores y editoriales. Y el problema no es sólo que el sistema falle si cada científico trabaja haciendo «la mejor charlatanería» con la que puedan salirse con la suya; sino también que funcionará de forma menos efectiva entre más pesadas sean las cargas de trabajo sobre los revisores y los editores, entre más fuertes sean las presiones sobre las revistas y las tentaciones para que los científicos tomen ciertos atajos, sean estratégicamente vagos o incluso inventen resultados.

3. EL PROCESO DE REVISIÓN POR PARES PARA LA PUBLICACIÓN: RECIENTES PRESIONES Y TENSIONES, DEBILIDADES Y FRACASOS

Incluso en circunstancias ideales, los evaluadores están mejor situados para juzgar la legibilidad de un trabajo o el interés del tema o sus resultados que su veracidad o precisión y pueden con buena fe rechazar trabajos importantes que son demasiado innovadores como para parecer plausibles; así pues, quizá no resulta sorprendente que en 1994 el historiador de la ciencia H. F. JUDSON, describiendo las «transformaciones estructurales» que tienen lugar en las ciencias, tuvo que incluir en su listado los «estándares siempre más bajos y la tendencia inherente hacia la corrupción del proceso de evaluación por pares y el *referato*»[44]. Actualmente hay muchas presiones que ponen al sistema de revisión por pares bajo severas tensiones: la explosión de las publicaciones científicas y médicas; la creciente influencia financiera de las grandes compañías farmacéuticas sobre las revistas médicas; la presión sobre los científicos jóvenes para obtener fondos y para publicar; la tentación de buscar convertirse en una celebridad; las siempre más grandes oportunidades para ganar dinero como perito, etcétera[45].

---

[42] POLANYI, 1946: 33-34.
[43] *Ibid.,* 40.
[44] JUDSON, 1994: 92.
[45] HAACK, 2003: 27-29, 107-109.

Hay diferencias entre las revistas científicas y las médicas, pero, en términos generales el proceso de *referato* funciona así: un editor hace lo que LOCK describe como «priorización»: «Clasificando los artículos en obras maestras innegables, basura incuestionable y el resto que precisa de cuidadosa consideración»[46]; para ello —la gran mayoría de los editores— eligen uno o dos (raramente más) *réferis* que revisan cada trabajo seleccionado, generalmente informando a éstos el nombre del autor pero no viceversa[47]; habitualmente se les da a los *réferis* una lista de criterios para que revisen diversos aspectos de estilo, presentación y ciertos tipos de error[48]; los evaluadores tienen un tiempo límite, frecuentemente de no más de dos semanas, para dar sus evaluaciones y recomendaciones[49]; y éstos pasan un promedio de 2,4 horas evaluando un manuscrito que normalmente no requiere un simple veredicto de «sí o no», sino hacer sugerencias sobre cómo el trabajo en cuestión puede ser mejorado[50]. Muchas revistas no revisan el cálculo estadístico de los trabajos que son aceptados[51]; y los evaluadores no están en posición de repetir los experimentos o los estudios de los autores, pues tendrían que invertir mucho dinero y/o tiempo. Las tasas de aceptación varían ampliamente de área en área; en aquellas en que la tasa es baja, la mayoría de los trabajos inicialmente propuestos, pero que han sido rechazados por una o más de las revistas más solicitadas, finalmente aparecen en alguna publicación de menor rango y así un trabajo «puede ser rechazado de diez a veinte veces antes de que finalmente sea aceptado»[52]. Los capítulos de libros son usualmente invitados, no sujetos a la evaluación por pares.

---

[46] LOCK, 1985: 6.

[47] Algunas revistas están yendo hacía una evaluación «abierta», en la que los autores también conocen los nombres de los evaluadores. *Vid.* SMITH, 1997: 760 (argumentando que la evaluación abierta es la forma más ética porque pone a los autores y a los evaluadores en posiciones iguales y permite mejorar la rendición de cuentas). En contraste, en las revistas de filosofía, y hasta donde sé en las revistas de la humanidades en general, son «blindados» tanto los nombres de los evaluadores como los de los autores.

[48] *Water Resources Research Unit of the University of North Carolina, Report Guidelines for Authors,* Editorial Checklist, disponible en *http://www.ncsu.edu/wrri/reports/guidelines/edchecklist.html.*

[49] En las revistas de filosofía, y hasta donde sé en las revistas de las humanidades en general, el tiempo permitido es mucho mayor.

[50] *Vid.*, por ejemplo, LOCK y SMITH, 1990: 1342 (reportando que los resultados del estudio muestran que los evaluadores pasan menos de dos horas revisando un manuscrito); y YANKAUER, 1990: 1339 (reportado que en 12 números de la *American Journal of Public Health*, el promedio de revisión fue de 2,4 horas por evaluador por artículo —sumando en total 3,360 horas de tiempo no compensado—).

[51] *Vid.* GARDNER y BOND, 1990: 1355 (citando datos estadísticos de un estudio sobre la corrección de artículos sometidos a *The British Medical Journal*, se encontró que sólo el 11 por 100 de los artículos sometidos tenían datos estadísticos correctos y sólo el 84 por 100 de los artículos publicados eran correctos); WELLER, 1990 (reportando que muchas revistas no hacen ninguna revisión independiente de los cálculos estadísticos hechos por los autores); también *vid.* BRYANT *et al.,* 2006 (concluyendo que el 42 por 100 de los estudios clínicos en revistas muy bien posicionadas en el área ortopédica estaban sesgados por la inclusión de múltiples observaciones de diferentes extremidades de individuos aislados); GARCÍA BERTHOU y ALCARAZ, 2004 (encontrando que el «11,6 por 100 [21 de 181] y el 11,1 por 100 [7 de 63] de los resultados estadísticos publicados durante el 2001 en *Nature* y en *BMJ,* respectivamente, eran incongruentes» y apuntando que «[a]l menos uno de tales errores apareció en el 38 por 100 [12 de 32] y el 25 por 100 [3 de 12] de los artículos de *Nature* y *BMJ,* respectivamente, indicando que éstos eran generalizados y no concentrados en unos pocos artículos»); NEVILLE *et al.,* 2006 (reportando que de los 364 estudios publicados de enero hasta diciembre de 2003 en los *Archives of Dermatology* y el *Journal of the American Academy of Dermatology*, «59 [38,1 por 100] de 155 [que hacían análisis estadísticos] tenían errores u omisiones en los métodos estadísticos o en la presentación de los resultados»); VAIL y GARDENER, 2003 (reportando que de los 39 estudios analizados, «[s]eis estudios eran intrínsecamente defectuosos en su diseño» y «[s]ólo 5 estudios reportaban tasas de nacidos vivos suficientes para permitir meta-análisis validos»).

[52] Informe presentado como *amicus brief* de D. CHUBIN *et al.* (*supra* nota 7), 11-19.

Tampoco todos los artículos que se publican en revistas con evaluación por pares son revisados por pares; algunos son invitados y algunos aparecen dado cierto privilegio editorial; y a algunos autores se les ha pedido —como alguna vez me pidieron a mí misma— que nombren a sus propios *réferis*.

En tanto que la escala de la operación crece, con más y más trabajos propuestos en más y más revistas, es muy probable que disminuya la calidad de los evaluadores y el tiempo y atención que puedan dedicarle a su trabajo. En tanto que aumenten las presiones en la carrera de los científicos, crece la tentación de los *réferis* para recomendar la aceptación de trabajos que consideran pueden promover su propia carrera, recomendar el rechazo de trabajos que perciban como una amenaza profesional o plagiar ideas de trabajos que se les ha pedido revisar[53]. Y en tanto incrementan las presiones sobre las revistas y su personal, la aspiración de tener prestigio y dinero causa otras distorsiones: algunas revistas suspenden el proceso de evaluación por pares cuando publican congresos que han sido patrocinados por compañías farmacéuticas (por lo cual la revista puede cobrar a la compañía una significativa factura); algunas recogen grandes sumas por la venta de un enorme número de reimpresiones de las compañías cuyos estudios han sido reportados en un artículo[54]; algunas presionan a los autores para que citen otros artículos publicados en la misma revista y así incrementar su «factor de impacto» y aumentar los pedidos de las bibliotecas, etcétera[55].

Los propios editores han empezado a expresar su preocupación. R. SMITH, editor de *The Lancet*, escribe que la evaluación por pares es «cara, lenta, propensa a los sesgos, susceptible de abuso, quizás conservadora e incapaz de detectar un fraude»[56]. D. RENNIE, editor asociado de la *Journal of the American Medical Association*, es incluso más franco: «[p]arece que no hay un análisis tan fragmentado, una hipótesis tan trivial, una cita bibliográfica tan parcial o tan egoísta, ningún diseño tan deforme, ninguna metodología tan fallida, ningún argumento tan circular, ninguna conclusión tan trivial o tan poco justificada y ninguna gramática o sintaxis tan ofensiva para un papel que terminar impreso»[57].

* * *

Según un estudio publicado en *JAMA* en el 2004, un sondeo en 122 artículos encontró que entre sus resultados publicados, el 50 por 100 de aquellos que reportaban cierta eficacia y el 65 por 100 de aquellos que reportaban daños estaban incompletos[58].

---

[53] En este contexto, vale la pena notar que el título de un merecidamente bien conocido artículo que crítica el sistema de evaluación por pares para la financiación de proyectos: «Malice's Wonderland: Research Funding and Peer Review» (en castellano, «Malicia en el país de las maravillas: financiación de la investigación y evaluación por pares») de OSMOND (1983) [*N. de la T.:* vale la pena resaltar que el título de este artículo citado juega con el nombre del famoso libro «Alicia en el país de las maravillas» de Lewis CARROLL].

[54] «Dos editores reportaron que sus revistas cobraron entre $400 y $2,500 por página para publicar congresos, otros reportaron el cobro de una tarifa fija de $100.000. Las revistas cobran un promedio de $15 por reimpresión, y la reimpresión por pedido para congresos [un promedio de] 25,000» (BERO *et al.,* 1992: 1135-1140).

[55] BEGLEY, 2006: B1, B8.

[56] SMITH, 1997: 759.

[57] RENNIE, 1986: 2391.

[58] AN-WEN CHAN *et al.,* 2004: 2457.

Según un estudio comunicado por *Nature* en el 2005, más del 10 por 100 de 3.247 científicos encuestados admiten haber ocultado detalles sobre la metodología o los resultados de los trabajos; más del 15 por 100 admitió excluir las observaciones o ciertos datos; y más del 27 por 100 admitió mantener registros inadecuados de proyectos de investigación[59]. Según una investigación publicada en *JAMA* el mismo año, de 45 estudios ampliamente citados, publicados en prestigiosas revistas y que aducían a tratamientos médicos efectivos, 15 fueron más tarde contradichos en todo o en parte por otros estudios[60]. Y según un artículo publicado en la revista *Scientist* presentado por la Universidad Rockefeller en la primavera del 2006, durante los cuatro años en los que la *Journal of Cell Biology* estuvo examinando cada una de las imágenes de cada uno de los trabajos aceptados, buscando alteraciones hechas con Adobe Photoshop, 14 de 1.400 artículos fueron rechazados después de detectarse una alteración fraudulenta de la imagen[61].

Aunado a esto, otros artículos sugieren que incluso después de que se ha descubierto una grave falta de ética científica o un fraude categórico, el proceso de limpia de la literatura científica, a fin de que tales trabajos sean retractados y las referencias a éstos realizadas por otros inocentes sean corregidas es, en el mejor de los casos, irregular y desigual[62]. Por ejemplo, un año después de que la *Office of Research Integrity* informara a diez revistas en las que el Dr. E. POEHLMAN había publicado como co-autor que tales trabajos eran fraudulentos, sólo ocho de éstas los retractaron; e incluso después de que los *Annals of Internal Medicine* hubiesen retractado uno de dichos trabajos, otros autores continuaron citándolo[63].

* * *

De hecho, hay tantos reportes recientes sobre las fallas del sistema de evaluación por pares que lo difícil es seleccionar los más ilustrativos. ¿Acaso debería ser el bien conocido caso del Dr. H. WOO SUK, el investigador coreano cuyo supuesto impresionante trabajo sobre clonación, publicado en *Science* y *Nature*, resultó estar fundado en datos inventados?[64]. ¿O debería ser aquel extraordinario artículo del *Journal of Reproductive Medicine* que afirmaba haber mostrado que una oración de intercesión por forasteros que pertenecían a otra religión en otro país doblaba la tasa de éxito de fertilizaciones in vitro logradas —cuyo supuesto autor principal luego admitió que conoció los detalles del estudio después de 6 a 12 meses de haberlo terminado y otro de los autores, un abogado sin ninguna formación científica, posteriormente se declaró culpable de los cargos (no relacionados) de fraude empre-

---

[59] MARTINSON *et al.,* 2005: 737.

[60] IONNADIS, 2005: 220.

[61] GRAVITZ, 2006, 10-12.

[62] FRIEDMAN, 1990: 1417; PFEIFFER y SNODGRASS, 1990: 1420 (Resumen).

[63] COUZIN y UNGER, 2006: 39; SOX y RENNIE, 2006: 609 [apuntando que en 1898, a efectos de evaluar las acusaciones de un fraude científico, el *Congress* creó la Oficina de la Integridad Científica (*Office of Scientific Integrity*), más tarde renombrada como Oficina de la Integridad en la Investigación (*Office of Research Integrity*)]. El artículo que fue retractado era de E. T. POEHLMAN *et al.,* «Changes in Energy Balance and Body Composition at Menopause: A Controlled Longitudinal Study», *Annals of Internal Medicine,* 123 (1995): 673-676. SOX y RENNIE, 2006: 609.

[64] WADE y SANG-HUN, 2006: A1 (citando al Dr. B. LEWIN, editor jefe de la revista *Cell*, comentando que la revisa *Science* debería ser más cuidadosa y, sin duda, no deberían publicar un artículo con «varias fotos idénticas»).

sarial—?[65]. ¿O quizá los artículos de J. SUDBØ en *The Lancet* y en el *New England Journal of Medicine*, afirmando haber mostrado que los fármacos antinflamatorios no esteroideos reducían el riesgo del cáncer bucal, todo lo cual resultó estar fundado en datos inventados?[66]. ¿O debe ser algo menos fuerte, como el artículo del *New England Journal of Medicine*, citado en el proceso seguido contra Metabolife, en el cual la información en una tabla de 11 pacientes que enlistaba los efectos adversos y las condiciones prexistentes es contradicha por el texto en la misma página?[67].

No, ninguno de éstos, sino la extraordinaria saga del reporte sobre el estudio clínico a gran escala del fármaco Vioxx, hecho por Merck: el estudio VIGOR es claramente el ejemplo más instructivo de lo que puede ir mal en este proceso[68]. Después de la aprobación de la FDA, el reporte del estudio —concluyendo que Vioxx conllevaba un riesgo más bajo de provocar efectos gastrointestinales adversos que otros analgésicos y que para la mayoría de los pacientes el riesgo de efectos cardiovasculares adversos no era significante— fue enviado al *New England Journal of Medicine*, donde apareció en noviembre del 2000[69]. Sin embargo, en el 2002 Merck fue obligada a añadir en cada caja del producto una advertencia sobre sus riesgos cardiovasculares. Y en septiembre del 2004 —después de que el *data safety monitoring board* detuviera otro estudio clínico a gran escala, el estudio APPOVe (diseñado para demostrar que el Vioxx reducía el riesgo de pólipos en el colón), cuando se supo que los pacientes que recibieron 25 mg de Vioxx durante más de 18 meses tuvieron una incidencia cuatro veces mayor de sufrir graves episodios tromboembólicos— Merck retiró del mercado al fármaco[70].

En diciembre del 2005, en medio de la creciente tormenta de litigios iniciados por pacientes afirmando haber sufrido daños por el fármaco, la *New England Journal of Medicine* (en adelante, *NEJM*) hizo pública una *«Expression of Concern»* («declaración de preocupación») reconociendo que tres infartos sufridos por pacientes que habían tomado Vioxx fueron omitidos en el reporte del estudio VIGOR publicado en el 2000[71]. Estos adversos eventos habían sido incluidos desde febrero del 2001 en la

---

[65] CAREY, 2006: A15; FLAMM, 2004: 2-38. El artículo implicado era de K. W. CHA *et al.,* «Does Prayer Influence the Success of In Vitro Fertilization-Embryo Transfer? Report of a Masked, Randomized Trial», *Journal of Reproductive Medicine,* 2001, 46, 781-787, 782. FLAMM, 2004: 27-28.

[66] SUDBØ *et al.,* 2005: 1359-1366. La base de datos de 908 participantes en el estudio, supuestamente, fue simplemente inventada; ¡250 de las personas ficticiamente involucradas tenían la misma fecha de nacimiento! FORBES, «Muchos investigadores rompieron las reglas: estudio», en *http:// www.forbes.com/forbeslife/health/feeds/hscout/2006/04/13/hscout532110.html* (consultado el 13 de abril de 2006). *Vid.* también HORTON, 2006: 196 (expresando preocupación sobre la admisión verbal que SUDBØ hizo sobre la fabricación de datos para el estudio previamente publicado en el *Lancet* y reconociendo su posible conducta indebida en dos de sus artículos de investigación publicados en el *New England Journal of Medicine*); HORTON, 2006: 382 (retirando el artículo de SUDBØ, dada la confirmación de que los datos fueron fabricados).

[67] HALLER y BENOWITZ, 2000: 1836. La tabla 4 de la página 1836 registra al paciente número siete como no teniendo afecciones pre-existentes o riesgos asociados, mientras en el texto en la misma página indica que la autopsia del paciente «mostró cardiomegalia moderada con dilatación de cuatro cámaras cardiacas y enfermedad de la arteria coronaria, con un estrechamiento del 50 al 75% de cuatro vasos».

[68] *Senate Committee on Finance, FDA, Merck, and Vioxx: Putting Patient Safety First? 108th Cong.* (Nov. 18, 2004) (testimonio de la Dra. S. KWEDER, directora de la oficina de drogas nuevas en el Centro para la Evaluación e Investigación de Drogas). Disponible en *http://www.finance.senate.gov/hearings/hearing/?id=48b33994-9de9-df09-dfb8-bb3599a92fbb*.

[69] BOMBADIER *et al.,* 2000: 1520.

[70] MAXWELL y WEBB, 2005: 449.

[71] ARMSTRONG, 2006: A1, A10.

información que aparecía en la página web de la FDA; y dos de los tres autores sabían de éstos mucho antes de la publicación del artículo[72]. Su inclusión aumentó la tasa de los infartos entre aquellos que tomaban Vioxx, del 0,4 por 100 afirmado en el artículo al 0,5 por 100 (comparado con el 0,1 por 100 entre pacientes que toman naproxeno) y además contradiciendo también la afirmación de que sólo aquellos que ya tenían riesgo mostraban un incremento de infarto después de tomar Vioxx[73]. Merck afirmó que los infartos adicionales ocurrieron después de la fecha de corte del estudio; pero el jefe de redacción de la revista, Dr. J. DRAZEN, le dijo a los periodistas que el diseño del estudio, que él había seguido para hacer el seguimiento de los efectos gastrointestinales después de que se detuvo el seguimiento de los efectos cardiovasculares, inducía a errores[74].

Pero el problema aquí no fue sólo con los autores; tampoco fue sólo que los evaluadores no hayan tenido disponibles los datos brutos o que hubiesen errado al no observar algunos aspectos extraños en el diseño del estudio. Ahora sabemos que en junio del 2001 los editores del *NEJM* habían recibido una carta de la farmacéutica J. HRACHOVEC solicitando la corrección del artículo en vista de la información publicada en la página web de la FDA, pero se negó su publicación porque la revista «no podía estar controlando toda información publicada»[75]; también sabemos que el director ejecutivo, Dr. G. CURFMAN, en noviembre del 2005, presentado por las partes durante una deposición en un juicio federal en Texas, reconoció que ni los evaluadores ni los editores habían cuestionado la teoría de Merck sobre una tasa más alta de eventos cardiovasculares entre los pacientes Vioxx atribuible al efecto cardioprotector del naproxeno, a pesar de que un oficial de la FDA había observado que esto «no está fundamentado por ningún [...] estudio clínico controlado»[76]; que la revista había vendido 929.000 copias de reimpresiones del artículo, la mayoría de ellas a Merck, con unos ingresos estimados entre 697.000 y 836.000 dólares; y también sabemos que la «declaración de preocupación» sobre el estudio había sido publicada inmediatamente después de un urgente comunicado de último minuto de E. CAFASSO, especialista en relaciones públicas, diciendo que dado el testimonio que se presentaría al día siguiente en el caso Vioxx, donde el Dr. CURFMAN había depuesto, era indispensable para la revista publicar algo de forma inmediata a efectos de «desplazar a los medios de comunicación del *NEJM* hacía los autores, Merck y los abogados de los demandantes»[77]. Como observó R. SMITH, exdirector de la *British Medical Journal*, la conducta de la *New England Journal* en la disputa sobre el estudio VIGOR «generó dudas sobre la integridad de la revista»; «la revista le falló a sus lectores [y] dañó su reputación»[78].

---

[72] *Ibid.*

[73] *Ibid.*

[74] *Ibid.*

[75] *Ibid.* (citando al Dr. J. DRAZEN, un editor jefe del *New England Journal of Medicine* durante una declaración en radio en agosto del 2001).

[76] *Ibid.*

[77] *Ibid.* Una expresión de preocupación fue publicada en línea el 8 de diciembre de 2005, el día en que el jurado inició su deliberación en el tercer juicio de Vioxx (HENDERSON, 2005). De acuerdo con HENDERSON, en diciembre de 2005, el Dr. CURFMAN dijo que la NEJM había «aprendido de la nueva información [es decir, los tres ataques al corazón omitidos] hacía dos semanas [antes]»; de acuerdo con ARMSTRONG, sin embargo, la revista sabía de ello desde la carta del Sr. HRACHOVEC en junio del 2001.

[78] Según el *Medical News Today*, «el *New England Journal of Medicine* está dañado por su conducta en el caso VIOXX, dijo el editor jefe del *British Medical Journal*». *Vid.* en *www.medicalnewstoday.com/medicalnews.php?newsid=46831* (revisado el 9 de julio del 2006).

Y justo cuando se pensaba que no podía ser peor, en julio del 2006 la *NEJM* publicó una corrección al reporte sobre el estudio APPROVe que anteriormente había publicado: los principales resultados afirmados en el artículo no habían sido alcanzados por el método estadístico que los autores afirmaban haber usado; es más, usando el método que los autores afirmaban haber usado, pero que de hecho no usaron, los resultados socavan que los incrementos de riesgos cardiovasculares empiezan después de 18 meses de tomar el fármaco, como se afirmaba en el artículo[79].

No mucho tiempo antes, L. ALTMAN había escrito en el *New York Times* que «recientes revelaciones de estudios fraudulentos o con errores en las revistas médicas y científicas, habían puesto en cuestión como nunca antes [al sistema de evaluación por pares] [...]»[80]; es difícil no estar de acuerdo.

* * *

Por obvias razones estos estudios son frecuentemente más difíciles de rastrear y, también por obvias razones, son sólo conocidos hasta mucho tiempo después de la revelación; sin embargo, es muy claro que hay muchos ejemplos de trabajos importantes e innovadores que han sido rechazados por los evaluadores. LOCK cuenta la historia del reporte de E. JENNER sobre su vacuna contra la viruela, que en 1796 fue rechazado por la revista *Transactions* de la *Royal Society*, después de que Sir J. BANKS lo revisara y reportara que él «no confiaba» en su conclusión[81]. Ch. MCCUTCHEON, lamentando la forma en que «los evaluadores rechazan manuscritos tanto buenos como pobres», enlista a «Frederick Lanchester con su teoría de la circulación sobre cómo las alas se sostienen, planteada en 1894, las estadísticas del fotón de Chandra Bose, la teoría de la emisión beta de Enrico Fermi en 1933, el descubrimiento de Herman Almquist de la vitamina K_2 en 1935, el ciclo del ácido nítrico de Hans Kreb en 1937 y el concepto de dinámica trófica en ecología propuesto por Raymond Lindeman en 1941»; todos fueron «rechazados al menos una vez»[82]. D. HORROBIN añadió que el artículo de KREBS «posiblemente el artículo más importante en la bioquímica moderna, [...] finalmente le llevó a recibir un Premio Nobel»[83]; y enlista muchos otros ejemplos, incluyendo: un artículo de gran influencia [...] en inmunología de GLICK *et al.,* sobre la identificación de los linfocitos B, que fue «rechazado por las más importantes revistas generales y especializadas y que finalmente apareció en *Poultry Science*, debido a la especie en que se realizó la investigación»[84]; y un artículo de la granjera neozelandesa G. REID, sugiriendo que el eczema facial en las ovejas podría ser causado por una marginal deficiencia de zinc, que fue rechazado por las revistas del área, hasta que HORRIBIN lo publicara en *Medical Hypotheses* —después de que su trabajo fue confirmado, la enfermedad fue

---

[79] WON TESORIERO, 2007: A2. El artículo original era de BRESALIER *et al.,* 2005: 1092-1102. Por irónico que parezca, el mismo número de la revista incluye un artículo pequeño de J. M. DRAZEN titulado «COX-2 Inhibitors-A Lesson in Unexpected Problems», *New England Journal of Medicine,* 352 (2005), 1131-1132. El siguiente año, BRESALIER *et al.,* publicó una corrección: «Correction», *New England Journal of Medicine,* 355 (2006), 221.

[80] ALTMAN, 2006: F1.

[81] LOCK, 1985: 2

[82] MCCUTCHEN, 1991: 33.

[83] HORROBIN, 1990: 1440 [este artículo fue citado en *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 509 U.S. 579, 593 (1993)].

[84] HORROBIN, 1990: 1440.

eliminada y a la Sra. REID le fuera concedida una condecoración por sus servicios a la agricultura de Nueva Zelanda—[85].

A este punto ya casi no debería ser necesario decir que: «El hecho de que un trabajo haya pasado el proceso de evaluación por pares para su publicación no garantiza que no tenga defectos o incluso que no sea fraudulento; y el hecho de que el trabajo haya sido rechazado por evaluadores no garantiza que no sea un progreso importante».

4. LECCIONES PARA ABOGADOS

«¡Basta ya!», usted debe estar pensando. Ciertamente, la confianza del juez KOZINSKI en que «el proceso normal de evaluación por pares [...] es uno de los distintivos de la investigación científica fiable» fue demasiado optimista[86]; pero, ¿el magistrado BLACKMUN no clarificó esto, hace dos décadas atrás, en su criterio en el caso *Daubert*?[87].

Bueno, evidentemente el magistrado BLACKMUN atendió a los argumentos del *amici* CHUBIN *et al.*[88], al reconocer que:

> [l]a publicación (que es sólo un elemento de la evaluación por pares) no es condición *sine qua non* para la admisibilidad; no está relacionada necesariamente con la fiabilidad [...] y, en algunos casos, no son publicadas teorías que pese a estar bien fundadas son innovadoras [...].
>
> Pero someter al escrutinio de la comunidad científica [...] incrementa las probabilidades de que se detecten defectos sustantivos en la metodología[89].

Hubiera sido deseable plantear más explícitamente la distinción entre el sentido amplio y el sentido estricto de «evaluación por pares»; sin embargo, lo que el magistrado BLACKMUN tiene en mente parece razonablemente claro; y, además, parece cierto: trabajos científicos pobres pueden pasar el proceso de evaluación por pares y trabajos científicos buenos pueden no hacerlo, pero cuando es publicado un trabajo científico y queda disponible al escrutinio de otros científicos, incrementa la probabilidad de que a final de cuentas cualquier defecto metodológico serio será detectado. Y el consejo del magistrado BLACKMUN sobre el peso que los tribunales deberían dar a este «factor *Daubert*» —en efecto, esta es una consideración pertinente pero no decisiva— parece difícil negar:

> El hecho de que un artículo sea publicado en una revista con *referato*, o que no sea publicado en ésta, será una consideración relevante, aunque no determinante, para valorar la validez científica de una específica técnica o metodología que sirve de fundamento a una inferencia experta[90].

---

[85] *Ibid.*

[86] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 951 F.2d 1128, 1131 n.3 (9th Cir. 1991).

[87] *Vid. Daubert* (1993), 509 U.S. 593 (estableciendo que tomar en cuenta si una idea ha sido sujeta a la evaluación por pares es una «consideración pertinente»).

[88] Dada la presión para ahorrar dinero y publicar a tiempo, los editores de revistas con *referato* pueden alguna vez publicar «el equivalente científico a un tabloide de supermercado» (Informe presentado como *amici brief* de CHUBIN, *supra* nota 7, p. 12). Un compromiso entre la «absoluta certeza» en la validez de las afirmaciones científicas en los artículos y «la absoluta velocidad y la total economía» significa que «los errores se conviertan en inevitables y que reportes erróneos, engañosos y fraudulentos sean a veces publicados», *ibid.*

[89] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 509 U.S. 579, 594 (1993).

[90] *Ibid.,* 594.

«A primera vista» (aunque a segunda vista usted se encontrara asaltado por preocupaciones tanto teóricas como prácticas): el significado de «fiable» amenaza con empezar a parecer cada vez menos determinado, cada vez más ambiguo; y el consejo a los tribunales sobre usar la evaluación por pares para determinar la fiabilidad suena cada vez menos útil. Las ambigüedades golpean a uno casi inmediatamente: ¿los tribunales deben preguntar si el trabajo que sirve como base al testimonio experto ofrecido se ha publicado después de haber sobrevivido la evaluación por pares o es suficiente con que sea publicado en «una revista con *referato*»?, ¿el trabajo *del perito* debe haber sido sujeto a la evaluación por pares y publicado o es suficiente con que el perito se base en un trabajo *de otros* arbitrado y publicado?, etcétera.

La intuición del magistrado BLACKMUN sobre que a largo plazo sobrevivir al escrutinio de la comunidad científica es más o menos el mejor indicador de validez científica que un lego puede tener, aunque sea un indicador falible, es totalmente correcta; pero no es de genuina ayuda práctica. Por obvias razones, las cuestiones científicas en juego en los procesos judiciales probablemente no usan la ciencia más firmemente establecida, sino cuestiones aún controvertidas; y sería poco realista imaginar que los tribunales de alguna manera pueden decidir qué afirmaciones científicas, aún controvertidas, terminarán *sobreviviendo* tal «evaluación por pares», cuando los propios científicos no pueden hacerlo.

Y en lugar de clarificar el concepto de «fiabilidad probatoria» (que fue equiparado con «validez científica» por la Corte Suprema en el caso *Daubert*)[91], las observaciones del magistrado BLACKMUN contribuyeron a su confusión[92]. En el lenguaje ordinario «fiable» tiene una compleja maraña de usos: pero tanto si estamos describiendo objetos inanimados, como relojes o carros, personas («informantes» o «fuentes», como solemos decir), o información, bases de datos, etc., la fiabilidad ordinariamente es concebida como una cuestión gradual. Sin embargo, el criterio *Daubert* es sobre la admisibilidad de pruebas periciales, que no es una cuestión gradual; y ello entonces nos obliga a adoptar una concepción categórica.

Si las pruebas deben ser lo *suficientemente* fiables para ser admisibles, ¿cuán fiables deben ser y cómo un tribunal determinará si las pruebas alcanzan dicho estándar? (¿se debe imponer el mismo grado de fiabilidad a las pruebas científicas «blandas» que a las «duras» o a las pruebas periciales no científicas que a las científicas?) Parece tener sentido, como el magistrado BECKER argumentó en el caso *Paoli*, que «el estándar probatorio de fiabilidad [debe ser] más bajo que el estándar de suficiencia probatoria»[93]; si el estándar de admisibilidad fuese tan alto como el estándar de prueba, a una parte que intenta introducir su prueba pericial se le exigiría, en efecto, probar dos veces su caso —y el tribunal estaría haciendo la tarea que corresponde hacer al jurado—. Pero ahora uno empezaría a preguntarse: ¿la publicación arbitrada, después de todo, es

---

[91] *Ibid.,* 590-591.

[92] «Muchos factores pesan sobre la investigación y no asumimos proponer un listado o análisis definitivo. Pero algunas observaciones generales son apropiadas». *Ibid.,* 593. Bajo *Daubert* (1993), los factores clave para determinar la fiabilidad probatoria, o la validez científica, son si una teoría o técnica puede ser y ha sido sometida a prueba, si ha sido sometida a una evaluación por pares, el rango de error conocido o potencial, los estándares que regulan la operación de la técnicas, y «la aceptación general». *Ibid.,* 593-594.

[93] *In re Paoli R.R. Yard PCB Litig.,* 35 F.3d 717, 744 (3d Cir. 1994).

suficiente para garantizar que las pruebas ofrecidas alcanzan cierto umbral mínimo como estándar de fiabilidad? Y si no lo es, al menos es suficiente para garantizar que la metodología empleada cumple los estándares mínimos, incluso si las conclusiones planteadas no son fiables?, ¿no es eso lo que el juez KOZINSKI tenía en mente cuando en 1995 escribió que la publicación arbitrada «es un importante indicador de que se cumple *al menos con los criterios mínimos* de la buena ciencia»?[94].

El criterio del magistrado BLACKMUN deja todo esto abierto[95]. La opinión del magistrado REHNQUIST en el tribunal del caso *Joiner*, indicando cierta incertidumbre sobre la distinción entre la metodología y las conclusiones usada en el caso *Daubert*, no ayuda[96]. Y la opinión del magistrado BREYER en el tribunal del caso *Kumho* —sosteniendo que la tarea de guardianes impuesta por *Daubert* se extendía tanto a las pruebas periciales no científicas como a las científicas—*, pero que los tribunales podían usar alguno, todos o ninguno de los factores *Daubert* y/u otros factores más apropiados para la tarea en cuestión —confirma que las cuestiones más delicadas se dejan a la discrecionalidad judicial—[97].

Por supuesto, no es sorprendente que la Corte en *Daubert* no encontrara una fórmula precisa para decidir sobre la fiabilidad probatoria; e incluso si tal cosa fuera posible, probablemente no sería la precisión deseable sino el tipo de «exactitud engañosa» que una vez O. WENDELL HOLMES condenó como «una fuente de falacia en todo el derecho»[98]. Y, especialmente porque «la evaluación por pares y la publicación» es sólo uno de los factores en la flexible lista *Daubert*, quizá tampoco es sorprendente no encontrar una clara correlación entre las decisiones que admiten o excluyen pruebas periciales como resultado de si han o no satisfecho este factor. En cambio:

i) Algunos tribunales (citando el reconocimiento del magistrado BLACKMUN de que la publicación arbitrada no es condición *sine qua non* para la admisibilidad) han admitido pruebas periciales que no tienen fundamento en trabajos arbitrados y publicados[99].

---

[94] *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.,* 43 F.3d 1311, 1318 (9th Cir. 1995) (cursiva añadida).

[95] *Supra* notas 91-94 y el texto que les acompaña.

[96] *Gen. Elec. Co. v. Joiner,* 522 U.S. 136, 146 (1997) («las conclusiones y la metodología no son totalmente distintos uno del otro»).

* *N. de la T.:* la «tarea de guardianes impuesta por *Daubert*» hace referencia a que la Corte Suprema estadounidense en éste caso enfatizó que los jueces tienen que valorar (además de su pertinencia) la fiabilidad de las pruebas científicas *para su admisión.* Los jueces entonces servirían de «guardianes» (en inglés se usó la palabra «*gatekeeper*») de la calidad de las pruebas científicas que entran a un proceso judicial y que serán conocidas por el jurado. La Corte además sugirió un listado de criterios para valorar dicha fiabilidad, mismos que han sido citados previamente por la autora en la nota 92.

[97] *Kumho Tire Co. v. Carmichael,* 526 U.S. 137, 141 (1999). La Corte sostuvo que:

La determinación general del caso *Daubert* —estableciendo la obligación a todos los jueces de actuar como guardianes— aplica no sólo al testimonio basado en conocimiento «científico» sino también al testimonio basado en conocimiento «técnico» y «especializado» [...] [U]n juez puede considerar uno o más de los factores específicos mencionados en *Daubert* siempre que hacerlo sea de ayuda [...]. Pero [...] la lista de los factores específicos en *Daubert* no necesariamente ni exclusivamente es de aplicación para todos los expertos en cada caso.

[98] *Gompers v. United States,* 233 U.S. 604, 610 (1914).

[99] *Vid.*, por ejemplo, *Ruiz Troche v. Pepsi Cola of P.R. Bottling Co.,* 161 F.3d 77, 84 (1st Cir. 1998) (revocando la exclusión del testimonio del Dr. O'DONNELL, decretada por el tribunal de distrito, respecto los efectos de la cocaína en el comportamiento de un conductor, sobre la base de que, pese a que las fuentes secundarias citadas por él no habían sido sometidas a la evaluación por pares o publicadas, otros estudios sometidos a la

ii) Algunos tribunales (citando el reconocimiento del magistrado BLACKMUN respecto a que la publicación arbitrada no está necesariamente relacionada con la fiabilidad) han excluido pruebas periciales basadas en trabajos arbitrados y publicados[100].

iii) Algunos tribunales (citando el reconocimiento del magistrado BLACKMUN de que la publicación arbitrada es una consideración pertinente) en parte han admitido una prueba porque se basaba en un trabajo arbitrado y publicado[101].

iv) Algunos tribunales (también citando el reconocimiento del magistrado BLACKMUN de que la publicación arbitrada es un factor pertinente) en parte han excluido pruebas porque no tenían tal base[102].

Además no es muy sorprendente, dados los cambios del sentido amplio al sentido estricto de «evaluación por pares» del magistrado BLACKMUN, que algunos tribunales hayan interpretado «la evaluación por pares» para incluir algún tipo de exposición a otras personas del área, distinta al proceso de evaluación por pares para la publicación[103]. Tampoco es nada sorprendente que «la evaluación por pares y la publicación»

---

evaluación por pares y publicados apuntaban lo mismo); *Kannankeril v. Terminix Int'l, Inc.,* 128 F.3d 802, 809 (3d Cir. 1997) [anulando y reenviando la decisión al tribunal inferior que había: i) excluido el testimonio del Dr. GERSON argumentando que «aunque el Dr. Gerson nunca había escrito en el tema, su opinión estaba fundamentada en amplios conocimientos científicos aceptados sobre la naturaleza dañina de los fosfatos orgánicos»; y ii) observando que en el caso *McCullock v. H.B. Fuller Co.,* 61 F.3d 1038, 1042 (2d Cir. 1995) se sostuvo que la evaluación por pares, la publicación y la aceptación general serían considerados en la valoración de la prueba y no para su admisibilidad]; *Metabolife Int'l, Inc. v. Wornick,* 264 F.3d 832, 843 (9th Cir. 2001) [citando *Daubert* (1995), 1317, respecto la afirmación de que «cuando la investigación ha iniciado antes del litigio, podría ser fiable aunque no estuviese sometida a la revisión por pares»]; *United States v. Hankey,* 203 F.3d 1160, 1168 (9th Cir. 2000) (sosteniendo que el tribunal de distrito no abuso de su discrecionalidad al admitir el testimonio de un policía experto en códigos de las pandillas y citando *Kumho Tire,* 526 U.S., 152, al decir que un tribunal debe tener libertad no sólo para decidir si admite o no un testimonio experto sino también para decidir «cómo valorar la fiabilidad del experto»).

[100] *Vid.*, por ejemplo, *Allison v. McGhan Med. Corp.,* 184 F.3d 1300, 1313, 1316, 1319, n.24 (11th Cir. 1999) (manteniendo la exclusión de los testimonios expertos resuelta por el tribunal inferior sobre la función del silicón en los implantes mamarios que causaron los daños de las demandantes, fundándose en parte en el hecho de que un estudio que había sido sometido a la evaluación por pares y publicado «no significa que constituyese una base adecuada» para la inferencia experta, que «el escrutinio realizado por los pares de un experto no aseguraba la admisibilidad de la prueba», y que el hecho de que un perito hubiese publicado muchos artículos en revistas con *referato* «no establecía la validez científica de su premisa»); *United States v. Cordoba,* 194 F.3d 1053, 1059 (9th Cir. 1999) (manteniendo la exclusión de la prueba poligráfica decidida por el tribunal de distrito, aun cuando cientos de artículos sobre el polígrafo habían sido publicados, incluso en muchas revistas con *referato*).

[101] *Vid.*, por ejemplo, *In re Silicone Gel Breast Implants Prods. Liab. Litig. (California),* 318 F. Supp. 2d 879, 896 (C.D. Cal. 2004) (resolviendo la admisibilidad del análisis y crítica realizados por el Dr. NEUGEBAUER sobre la existencia de pruebas epidemiológicas, en parte porque «[l]as claves estadísticas de la epidemiología [...] han sido sujetas a la evaluación por pares y su publicación»).

[102] *Vid.*, por ejemplo, *Berry v. City of Detroit,* 25 F.3d 1342, 1350-1351 (6th Cir. 1994) (excluyendo el testimonio de Leonard Postill sobre el entrenamiento policial presentado por los demandantes, fundado en parte en que «[c]iertamente no hay ningún testimonio como una revisión por pares de la teoría de Postill»); *Nat'l Bank of Commerce v. Associated Milk Producers, Inc.,* 191 F.3d 858, 864-865 (8th Cir. 1999) [confirmando la exclusión resuelta por el tribunal inferior del testimonio experto que relacionaba la aflatoxina M-1 (AFM) y el cáncer del demandante, con el argumento de que «[n]o hay estudios científicos o literatura médica que muestre ninguna correlación entre el ADM y el cáncer de laringe»]; *Nelson v. Tenn. Gas Pipeline Co.,* No. 95-1112, 1998 WL 1297690, *8-*9, *13 (W. D. Tenn. Aug. 31, 1998) (excluyendo el testimonio de los expertos del Sr. NELSON, Drs. KILBURN y HIRSCH, que afirmaban que los daños del demandante habían sido causados por su exposición al PCB de un gasoducto, con el argumento de que su trabajo no había sido publicado ni sometido a la evaluación por pares).

[103] *Vid.*, por ejemplo, *United States v. Bonds,* 12 F.3d 540, 559-560 & n. 16, 568 (6th Cir. 1993) (confirmando la decisión del tribunal inferior sobre la admisión del testimonio de un experto del FBI sobre ADN,

haya encontrado un espacio en los tribunales estatales estadounidenses que no han adoptado el criterio *Daubert*[104] e incluso en algunos casos que suponen cuestiones muy diferentes a la admisibilidad de la prueba pericial[105].

Pero es decepcionante encontrar que el análisis que los tribunales han hecho de «la evaluación por pares y la publicación» parece haber sido, en su mayoría, de poca profundidad; porque nuestra investigación de las virtudes y los vicios del sistema de evaluación por pares ha sugerido toda una serie de preguntas que podrían arrojar luz sobre la importancia de que una prueba pericial ofrecida en un caso se base, o no, en un trabajo publicado en una revista con *referato*. ¿Epistemológicamente cuán respetable es el área en cuestión[106], y actualmente hay desacuerdos metodológicos serios en ésta?, ¿es ésta una revista muy bien considerada en el área o es de segundo o tercer nivel —o es el último recurso de aquellos desesperados por publicar—?, ¿el trabajo publicado en una «revista con *referato*» fue realmente evaluado o fue publicado por privilegio editorial o invitado? Si fue arbitrado, ¿los revisores fueron sugeridos por el autor (o autores)? Si fue invitado, ¿fue por la buena reputación del autor o por su relación personal con el editor?, ¿el autor tiene relación con la revista, por ejemplo, es parte del comité editorial?, ¿la revista en la que se publicó el trabajo recibe apoyo, directa o indirectamente, de alguna de las partes de este proceso concreto o está estrechamente relacionado con otros litigios del mismo tipo?, ¿el trabajo fue rechazado por otras revistas antes de ser aceptado por ésta y, de ser así, por cuántas, por cuáles y con qué fundamentos? Si la prueba pericial se funda en un trabajo que no ha sido publicado, ¿es porque éste es muy reciente o porque, aun cuando no es tan reciente, nunca fue sometido a publicación o porque fue sometido pero rechazado?, ¿ha habido subsecuentes declaraciones de preocupación o retractaciones[107] u otros trabajos han criticado este otro?

---

aun cuando «muchos de los artículos introducidos como [...] publicados no lo estaban en una revista con *referato* en el sentido estricto del término», puesto que «todos los artículos sometidos a los procedimientos del FBI son expuestos a la comunidad científica»); *United States v. Havvard,* 117 F. Supp. 2d 848, 854 (S.D. Ind. 2000) (admitiendo el testimonio del FBI sobre la identificación mediante huellas dactilares, argumentando y concluyendo que satisfacía Daubert; en particular los métodos de un examinador de huellas dactilares son sujetos a la revisión por pares porque «cualquier otro examinador cualificado puede comparar la información objetiva en la que estaban basados las inferencias expertas y podría ofrecer inferencias expertas distintas si estuviesen justificadas»). Havvard, creo, extiende el significado de «revisión por pares» mucho más allá de sus límites razonables.

[104] *Vid.*, por ejemplo, *Berry v. CSX Transp., Inc.,* 709 So. 2d 552, 569-570 (Fla. Dist. Ct. App. 1998) (argumentando que, incluso bajo *Frye*, «[a]unque la existencia de numerosos estudios sometidos a la evaluación por pares y publicados no garanticen que tales estudios no tienen errores, tal publicación [...] mitiga la necesidad de un escrutinio judicial... en la etapa de admisibilidad»).

[105] *Vid.*, por ejemplo, *Kitzmiller v. Dover Area Sch. Dist.,* 400 F. Supp. 2d 707, 743-745 (M. D. Pa. 2005) (decidiendo que, mientras el testimonio experto presentado por el demandante esté basado en literatura sometida a la evaluación por pares, los testimonios expertos del demandado no estén basados en material que ha sido sujeto a la evaluación por pares, lo que es «espléndidamente importante» en el proceso científico, ayudando a asegurar «que los artículos sobre alguna investigación son científicamente precisos [...], satisfacen los estándares del método científico y son relevantes para otros científicos en el área»).

[106] *Vid. Kumho Tire* (*supra* nota 75), 151 (1999) («[t]ampoco [...] la satisfacción del factor de la aceptación general enunciado en *Daubert* ayuda a mostrar que el testimonio experto es fiable cuando la disciplina en sí misma carece de fiabilidad»).

[107] Para encontrar retracciones en las revistas médicas, consúltese PubMed (disponible en *http://www.ncbi.nlm.nih.gov/entrez/query.fcgi?db=PubMed&itool=toolbar*) o se puede buscar «*retracted publication*» en la base de datos (*Medical Subject Heading*), luego dar click en *Links* y seleccionar PubMed.

Estas no son preguntas fáciles de responder y no es de destacarse que los tribunales no las planteen rutinariamente. Pero cuando algunas de éstas *fueron* investigadas por un tribunal —como sucedió en otro caso relacionado con el Bendectin, menos conocido que *Daubert*— los resultados son, por decir lo menos, instructivos; y algo preocupantes.

5. ¿VOLVEMOS AL INICIO? LA EVALUACIÓN POR PARES EN LA LITERATURA SOBRE EL BENDECTIN

El caso *Blum v. Merrell Dow Pharmaceuticals*[108] fue un caso absurdamente largo en los tribunales de Pensilvania que inició muchos años antes de *Daubert*, en 1982, pero que se terminó finalmente hasta el 2000[109].

En el caso *Blum* como en *Daubert,* los abogados de Merrell Dow argumentaron que las pruebas periciales de los demandantes deberían ser excluidas porque no eran aceptadas por la generalidad de la comunidad científica relevante[110]. Sin embargo, los abogados de Blum argumentaron que *los peritos de Merrell Dow* deberían ser excluidos porque el supuesto «consenso científico» sobre la cuestión era totalmente artificial; que, de hecho, había sido creado por los fabricantes demandados al otorgar soporte a la investigación que era favorable a su fármaco y —el punto principal dados nuestros objetivos— el soporte de Merrell Dow a revistas supuestamente arbitradas que publicarían resultados útiles a la compañía a efectos de defenderse en los litigios interpuestos por el Bendectin[111].

La sentencia del juez BERNSTEIN en el segundo juicio en 1996 incluye un sumario devastador del testimonio de los peritos de Merrell Dow[112]. Un perito de la demandada, el Dr. BRACKEN, reconoció no sólo que artículos que son «menos que buenos» pueden pasar la evaluación por pares sino que su propio estudio publicado sobre el Bendectin y los defectos congénitos fue menos que bueno[113]. Otro perito, Dr. KLEBANOFF, testificó que el Bendectin no causa defectos congénitos pero después admite que su artículo mostró una correlación estadísticamente significativa con cataratas congénitas, pulmones subdesarrollados y microcefalias[114]. El experto del demanda-

---

[108] *Blum v. Merrell Dow Pharm., Inc.,* 1 Pa. D. & C.4th 634 (Phila. Cnty. Ct. 1988) (en adelante, *Blum* 1988), *rev'd,* 560 A.2d 212 (Pa. Super. Ct. 1989) (en adelante, *Blum* 1989), *aff'd*, 626 A.2d 537 (Pa. 1993) (en adelante, *Blum* 1993), *remanded to* 33 Phila. Cnty. Rep. 193 (1996) (en adelante, *Blum* 1996), *rev'd,* 705 A.2d 1314 (Pa. Super. 1997) (en adelante, *Blum* 1997), *aff'd,* 764 A.2d 1 (Pa. 2000) (en adelante, *Blum* 2000).

Vid. HAACK (2008) para más detalles de este caso fascinante, aunque perturbador. Pennsylvania, por cierto, no ha adoptado *Daubert* sino que sigue siendo un Estado en donde es aplicable el criterio *Frye*. Una revisión de la regla probatoria 702 entró en vigor en marzo del 2013; pero el texto fundamental siguió siendo si «la metodología empleada por el experto es aceptada por la generalidad en el área».

[109] *Blum* 2000, *supra* nota 108.

[110] *Blum* 1997, *supra* nota 108, 1314, 1319.

[111] *Vid. Blum* 2000, *supra* nota 108, 10 (voto particular en contra de J. CASTILLE).

[112] *Blum* 1996, *supra* nota 108, 207-208.

[113] *Ibid.,* 208. El estudio del Dr. BRACKEN estaba fundado en entrevistas con 1.427 madres, de las cuales 122 habían tomado Bendectin durante su embarazo, y éste mostraba un incremento estadístico significativo del riesgo de daños congénitos cuando una madre había tomado Bendectin y fumado.

[114] *Ibid.,* 209. En la examinación cruzada, el Dr. KLEBANOFF testificó que la asociación positiva entre el Bendectin y los pies equinovaros, aunque no estadísticamente significativo, satisfacía el estándar que él había

do, Dr. SHAPIRO (cuya unidad en la Universidad de Boston había recibido más de millón y medio de dólares de Merrell Dow), testificó que un fármaco tomado por una madre después de la formación de las extremidades del feto no puede causar defectos congénitos en las extremidades; pero en el interrogatorio cruzado reconoció que los datos en los que fundaba su opinión agrupaban tanto a mujeres que tomaron Bendectin en el periodo de formación de las extremidades y mujeres que lo tomaron después; y que por tal razón su estudio había sido criticado por artículos posteriores[115].

El experto de la demandada, Dr. NEWBERNE, vicepresidente de Merrell Dow y responsable de los estudios en animales y la seguridad de los fármacos, testificó que mientras el estudio del Dr. SMITHELLS que concluía que el Bendectin no era teratogénico había sido arbitrado y rechazado por la *British Medical Journal*, el *Lancet* y la *New England Journal of Medicine*, y finalmente aceptado por una revista de mucho menos prestigio, *Teratology*, el autor había estado activamente solicitando fondos a la compañía, escribiendo que esa publicación podía ser de valor para Merrell Dow «[dado que ésta] puede salvar a la compañía de pagar grandes sumas de dinero en el tribunal de California [...]»[116].

Y el editor de *Teratology*, Dr. R. BRENT[117], quien había sido contratado durante dieciocho años como perito por Merrell Dow, testificó que su única educación formal en epidemiología había sido un curso en estadísticas, pero que él se consideraba a sí mismo como una autoridad internacional en «*secular trend data*» —un área en la cual, como comentó el juez BERNSTEIN, aparentemente él era el único practicante[118]. Usando su prerrogativa editorial para esquivar el *referato*[119], había publicado en su propia revista un artículo titulado «Litigation-Produced Pain, Disease, and Suffering: An Experience With Congenital Malformation Lawsuits» («El dolor, la enfermedad y el sufrimiento producidos por los litigios: una experiencia con demandas por malformación congénita»), basado en su revisión de las deposiciones y los expedientes de los juicios, concluyendo que los 17 demandantes de los 17 procesos judiciales mentían[120]; había sometido un borrador de éste artículo, titulado «Bendectin: The Most Comprehensively Studied Human Non-Teratogen, and the Foremost Tortogen-Litigen» («Bendectin: el teratógeno humano más exhaustivamente estudiado y el daño que está en el origen de más procesos judiciales»), a los abogados de Merrell Dow para que lo

---

usado en su artículo sobre cataratas y vómitos; y estaba de acuerdo en que un artículo «menos que bueno» podría pasar una revisión por pares.

[115] *Ibid.,* 215-217.

[116] *Ibid.,* 218-222. El Dr. NEWBERNE también reconoció que después de un primer estudio realizado por el Dr. HENDRICKS encontró un incremento estadístico significativo en defectos en el corazón de monos que habían sido tratados con Bendectin, Merrell Dow financió un segundo estudio que llegó a resultados más favorables para la compañía. La entrada en los registros financieros de Merrell Dow fue: «Estudio de Hendricks con monos-defensa», *ibid.,* 221

[117] En el caso *Wells v. Ortho Pharm. Corp.,* 615 F. Supp. 262, 281 (N.D. Ga. 1985) (citado en *Blum* 1996 (*supra* nota 108), 10 (con un voto particular en contra de J. CASTILLE), el testimonio del Dr. BRENT se encontró no-creíble porque «[su] testimonio y forma sugerían un grado de convicción no justificado en sus propias conclusiones en una disciplina en la que [...] las explicaciones son sólo más o menos probables».

[118] *Blum* 1996, *supra* nota 108, 223-224.

[119] *Vid. ibid.,* 224 (explicando que algunos de los escritos del Dr. BRENT habían sido publicados en *Teratology* solamente «por su prerrogativa editorial personal»).

[120] BRENT, 1997: 5, tabla 1.

editaran, esperando que fuera publicado en el *New England Journal*, en el *Journal of the American Medical Association* o en el *Lancet*[121].

Finalmente, Merrell Dow se impuso; en el 2000 la Corte Suprema de Pensilvania decidió que aun cuando la prueba pericial presentada por los Blum podría decirse que fue admisible bajo (lo que parece ser) «algo menos exacto que el estándar *Daubert*», es inadmisible bajo el criterio *Frye*[122]. Sin embargo, el magistrado CASTILLE, en un voto particular, recordó a sus colegas que el tribunal de primera instancia, citando a *Frye*, se había dejado influir por el hecho del «consenso científico [sobre el Bendectin], derivado en gran medida de la influencia de la compañía y los intereses judiciales de la contraparte»; y que «gran parte de la "ciencia" en esta área, defendida por Merrell Dow como el punto de vista científico objetivo y aceptado por la generalidad que exige la exclusión de las conclusiones "contrarias" hechas por los "peritos" de los demandantes, era en sí misma un producto de la influencia de Merrell Dow en la resolución del proceso»[123].

Sin embargo, para los objetivos actuales son las conclusiones del juez BERNSTEIN las más pertinentes. El testimonio en este caso, observa, «demuestra cómo el "consenso científico" puede ser creado a través de la compra de investigación y la manipulación de la literatura "científica", financiado como parte de la defensa en un proceso y coreografiado por abogados»[124]. Éste «claramente demuestra que no todas las revistas "con *referato*" son creadas iguales», que «no todos los artículos contenidos en revistas "con *referato*" son incluso evaluados...», y que «[a]rtículos son puestos intencionalmente en revistas con *referato* para usarlos ante un tribunal»[125]. Y en el Apéndice B de su opinión, titulada «Science and Justice», el juez BERNSTEIN añade:

> El testimonio demostró una literatura médico-científica en revistas con *referato* que es creada y manipulada para su uso ante tribunales. El testimonio demostró que algunos artículos son puestos en revistas «con *referato*», sin la revisión de autoridades independientes y editados por abogados [...] [y] reveló la edición de los hechos, supuestamente resultados de investigación científica, por los mismos abogados del demandado en un proceso[126].

* * *

El ejemplo es instructivo, refuerza el reconocimiento del magistrado BLACKMUN respecto a que la publicación arbitrada no es una garantía de la «validez científica» sino que, en su lectura más optimista, es un indicador muy falible; y nos recuerda que si los tribunales plantearan las preguntas sugeridas aquí, este factor *Daubert* pudiera, y debería, ser manejado con más cautela y más sutileza de lo que ha sido, en general, hasta ahora. También es muy preocupante; pues sugiere que la literatura científica

---

[121] *Blum* 1996, *supra* nota 108, 223-228. El artículo en cuestión de hecho había sido publicado, aunque la sentencia del juez BERNSTEIN no nos lo dijese. *Vid.* BRENT, 1995 (la versión publicada del artículo del Dr. BRENT). El artículo dio lugar a una demanda por difamación en contra del Dr. BRENT por el Dr. S. NEWMAN, quien fue uno de los peritos del demandando en *Blum* y a quien el Dr. BRENT citó erróneamente. *Newman v. Brent,* 1998 U.S. Dist. LEXIS 10476 (D.D.C. 1998).

[122] *Blum* 2000, *supra* nota 108, 3. A pesar de la retórica de la Corte en *Daubert*, sin embargo, es cuestionable, por decir lo menos, si el criterio *Daubert* realmente es «menos riguroso» que el criterio *Frye*.

[123] *Ibid.,* 16-20.

[124] *Blum* 1996, *supra* nota 108, 230.

[125] *Ibid.,* 246-247.

[126] *Ibid.,* 248-249.

usada en un proceso judicial, por la que un criterio como «la evaluación por pares y la publicación» entró en el vocabulario jurídico oficial para la admisibilidad, puede haber sido contaminada por los intereses en litigio. Irónicamente, parece que la misma comercialización de la investigación médica que ha contribuido a la corrupción progresiva de la evaluación por pares y la publicación, también puede haber sido en parte responsable de la confianza que el sistema jurídico ha estado teniendo en ese proceso como un factor para determinar la fiabilidad probatoria[127].

(Traducción de Carmen Vázquez)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALTMAN, L. K., 2006: «For Science's Gatekeepers, a Credibility Gap», en *New York Times,* May 2, F1.

ARMSTRONG, D., 2006: «Bitter Pill: How the New England Journal of Medicine Missed Warning Signs in Vioxx-Medical Weekly Waited Years to Report Flaws in Article that Praised Pain Drug-Merck Seen as "Punching Bag"», en *Wall Street Journal,* May 15, A1, A10.

BAILAR, J. C., 1991: «Reliability, Fairness, Objectivity, and Other Inappropriate Goals in Peer Review», en *Behavioral and Brain Sciences,* 14, 137-138.

BEGLEY, S., 2006: «Science Journals Artfully Try to Boost Their Rankings», en *Wall Street Journal,* June 5, B1, B8.

BERO, L. *et al.,* 1992: «The Publication of Sponsored Symposiums in Medical Journals», en *New England Journal of Medicine,* 327, 1135-1140.

BOMBADIER, C. *et al.,* 2000: «Comparison of Upper Gastrointestinal Toxicity of Rofecoxib and Naproxen in Patients With Rheumatoid Arthritis», en *New England Journal of Medicine,* 343, núm. 21, 1520-1528.

BRENT, R. L., 1995: «Bendectin: Review of the Medical Literature of a Comprehensively Studied Human Nonteratogen and the Most Prevalent Tortogen-Litigen», en *Reproductive Toxicology,* 9, núm. 4, 337-349.

— 1997: «Litigation-Produced Pain, Disease, and Suffering: An Experience with Congenital Malformation Lawsuit», en *Teratology,* 16, núm. 1, 1-13.

BRESALIER, R. S. *et al.,* 2005: «Cardiovascular Events Associated with Rofecoxib in a Colorectal Adenoma Chemoprevention Trial», en *New England Journal of Medicine,* 352, 1092-1102.

BRYANT, D. *et al.,* 2006: «How Many Patients? How Many Limbs? Analysis of Patients or Limbs in the Orthopedic Literature: A Systematic Review», en *J. Bone & Joint Surgery,* 88, 41.

BRIDGMAN, P., 1933: «The Struggle for Intellectual Integrity», en P. BRIDGMAN, 1995: *Reflections of a Physicist, New York: Philosophical Library,* 2.ª ed.

BURNHAM, J. C., 1990: «The Evolution of Editorial Peer Review», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1323-1329.

CAREY, B., 2006: «Researcher Pulls his Name from Paper on Prayer and Fertility», en *New York Times,* December 4, A15.

CHAN, A. W. *et al.,* 2004: «Empirical Evidence for Selective Reporting of Outcomes in Randomized Trials», en *Journal of the American Medical Association,* 291, 2457-2465.

[127] Mi agradecimiento a M. MIGOTTI por sus útiles comentarios a dos borradores previos; a L. TILSON y S. SHOTT por su ayuda para encontrar material sobre errores estadísticos y retractaciones en artículos publicados; y a los diversos trabajadores de la biblioteca de derecho de la Universidad de Miami, especialmente a D. HOLLANDER y B. BRANDOM, quienes me ayudaron a encontrar material pertinente.

CHAN, E. J., 1995: «The "Brave New World" of *Daubert*: True Peer Review, Editorial Peer Review, and Scientific Validity», en *NYU Law Review,* 70, 100-134.

COUZIN, J., y UNGER, K., 2006: «Cleaning up the Paper Trail», en *Science,* 312, 38-43.

EDITORIAL, 1983: «Is Science Really a Pack of Lies?», en *Nature,* 303, 361.

FLAMM, B., 2004: «The Columbia University "Miracle" Study: Flawed and Fraud», en *Skeptical Inquirer,* 28, 25-31.

FRIEDMAN, P- J., 1990: «Correcting the Literature Following Fraudulent Publication», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1416-1419.

GARCÍA-BERTHOU, E., y ALCARAZ, C., 2004: «Incongruence between Test Statistics and P Values in Medical Papers», en *BMS Medical Research Methodology,* 4, núm. 13, 1-5.

GARDNER, M. J., y BOND, J., 1990: «An Exploratory Study of Statistical Assessment of Papers Published in The British Medical Journal», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1355.

GRAVITZ, L., 2006: «Biology's Image Problem», en *Rockefeller University Scientist,* 1, núm. 1, 10-12.

HAACK, S., 2003: *Defending Science-Within Reason: Between Scientism and Cynicism,* Amherst, NY: Prometheus Books.

— 2008: «What's Wrong with Litigation-Driven Science?», en *Seton Hall Law Review,* 38, núm. 3, 1053-1083. Reimpreso en S. HAACK, 2014: *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law,* New York: Cambridge University Press, 180-207.

HALLER, Ch., y BENOWITZ, N. L., 2000: «Adverse Cardiovascular and Central Nervous System Events Associated with Dietary Supplements Containing Ephedra Alkaloids», en *New England Journal of Medicine,* 343, 1833-1838.

HENDERSON, D., 2005: «Journal Says Vioxx Woes Suppressed. Merck Blamed: Correction Sought», en *Boston Globe,* 9 de diciembre.

HORROBIN, D. F., 1990: «The Philosophical Basis of Peer Review and the Suppression of Innovation», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1438-1441.

HORTON, R., 2006: «Expression of Concern: Non-Steroidal Anti-Inflammatory Drugs and the Risk of Oral Cancer», en *Lancet,* 367.

IONNADIS, J. P. A., 2005: «Contradicted and Initially Stronger Effects in Highly Cited Clinical Research», en *Journal of the American Medical Association,* 294, 218-228.

JUDSON, H. F., 1994: «Structural Transformations of the Sciences and the End of Peer Review», en *Journal of the American Medical Association,* 272, 92-94.

KRONICK, D. A., 1990: «Peer Review in 18th-Century Scientific Journalism», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1321-1322.

LOCK, S., 1985: *A Difficult Balance: Editorial Peer Review in Medicine,* London: Nuffield Provincial Hospitals Trust.

LOCK, S., y SMITH, J., 1990: «What Do Peer Reviewers Do?», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1341-1343.

MARTINSON, B. C. *et al.,* 2005: «Scientists Behaving Badly», en *Nature,* 435, 737-738.

MAXWELL, S. R. J., y WEBB, D. J., 2005: «Cox-2 Selective Inhibitors-Important Lessons Learned», en *Lancet,* 365, 449-451.

MCCUTCHEN, Ch. W., 1991: «Peer Review: Treacherous Servant, Disastrous Master», en *Technology Review,* 94, 28-51.

NEVILLE, J. A. *et al.,* 2006: «Errors in the Archives of Dermatology and the Journal of the American Academy of Dermatology from January through December 2003», en *Archives Dermatology,* 142, 737-38.

OSMOND, D. H., 1983: «Malice's Wonderland: Research Funding and Peer Review», en *Journal of Neurobiology,* 14, núm. 2, 95-112.

PFEIFFER, M. P., y SNODGRASS, G. L., 1990: «The Continued Use of Retracted, Invalid Scientific Literature», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1420-1423.

POLANYI, M., 1946: *Science, Faith, and Society,* Cambridge: Cambridge University Press.

POSNER, R. A., 2004: «Against the Law Reviews», en *Legal Affairs,* 57-58.

RENNIE, D., 1986: «Guarding the Guardians: A Conference on Editorial Peer Review», en *Journal of the American Medical Association,* 256, 2391-2392.

— 2003: «Editorial Peer Review: Its Development and Rationale», en F. GODLEE y T. JEFFERSON (eds.): *Peer Review in Health Sciences,* London: BMJ Publishing Group, 2.ª ed.

SMITH, R., 1997: «Peer Review: Reform or Revolution?», en *British Medical Journal,* 315, 759-760.

SOX, H. C., y RENNIE, D., 2006: «Research Misconduct, Retraction, and Cleansing Medical Literature: Lessons from the Poehlman Case», en *Annals of Internal Medicine,* 144, 609-613.

SUDBØ, J. *et al.,* 2005: «Non-Steroidal Anti-Inflammatory Drugs and the Risk of Oral Cancer: A Nested Case-Control Study», en *Lancet,* 366, 1359-1366.

SUN, M., 1989: «Peer Review Comes under Peer Review», en *Science,* 224, 910-912.

VAIL, A., y GARDENER, E., 2003: «Common Statistical Errors in the Design and Analysis of Subfertility Trials», en *Human Reproduction,* 18, núm. 5, 1000-1004.

WADE, N., y SANG-HUN, Ch., 2006: «Human Cloning Was All Faked, Koreans Report», en *New York Times,* January 10, A1.

WELLER, A. C., 1990: «Editorial Peer Review in U.S. Medical Journals», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1344-1345.

WON TESORIERO, H., 2007: «Vioxx Study Correction May Add Pressure to Merck's Defense», en *Wall Street Journal,* June 27, A2.

WYSOCKI, B. Jr., 2005: «Scholarly Journals' Premier Status is Diluted by Web», en *Wall Street Journal,* May 23, A1, A8.

YANKAUER, A., 1990: «Who Are the Peer Reviewers and How Much Do They Review?», en *Journal of the American Medical Association,* 263, 1338-1340.

ZIMAN, J. M., 1968: *Public Knowledge,* Cambridge: Cambridge University Press.

— 1969: «Information, Communication, Knowledge», en *Nature,* 318-324.

ZUCKERMAN, H., y MERTON, R. K., 1971: «Patterns of Evaluation in Science: Institutionalism, Structure, and Functions of the Referee System», en *Minerva,* 9, 66-100.

ENTIMEMAS PROBATORIOS*

Pablo Bonorino
Universidad de Vigo

RESUMEN. En este trabajo se abordan dos problemas relacionados con los entimemas (entendidos como argumentos incompletos) formulados en procedimientos penales para apoyar la verdad de un enunciado fáctico: (1) ¿Cómo se puede justificar la atribución de un enunciado a un texto que no lo contiene?, y (2) ¿Cómo se puede escoger la premisa tácita a incorporar durante la reconstrucción cuando el texto admite más de una interpretación? Se rechazan dos variantes de deductivismo (ingenua y sofisticada) por no ser capaces de responder a sus críticos sin abandonar su compromiso con la lógica deductiva. Se defiende un modelo interpretativo como alternativa, basado en la adopción del principio de caridad y otras pautas pragmáticas, capaz de preservar las virtudes de los enfoques lógicos sobre los entimemas sin compartir sus deficiencias. Por último, se pone a prueba la propuesta aplicándola a un ejemplo de argumentación probatoria entimemática, usando como guía y justificación para la incorporación de las premisas tácitas un esquema de argumento del tipo «inferencia a la mejor explicación».

Palabras clave: Argumentación jurídica, entimemas, argumentos probatorios, deductivismo, principio de caridad, inferencia a la mejor explicación.

Evidenciary Enthymemes

ABSTRACT. This paper addresses two problems relating to the enthymemes (understood as incomplete arguments) made in criminals procedures to support the truth of factual statements: (1) How can a legal interpreter justify the attribution of certain claims to a text that does'nt contain it?, and (2) How can choose the unstated premises to incorporate into the reconstruction when the text admits more than one interpretation? Two kinds of deductivists answers (naive and sophisticated) to that questions are rejected because are not being able to respond to its critics while maintaining its commitment to deductive logic. We propose an interpretive model as alternative, based on the adoption of the principle of charity and other pragmatic standards, capable of retaining the virtues of the logical approaches to the enthymemes but without sharing its deficiencies. Finally, we test our proposal by applying it to an example of enthimematic evidenciary argumentation, using as a guide and justification for the incorporation of the unstated premises an argument scheme of the type «inference to the best explanation».

Keywords: Legal argumentation, enthymeme, evidenciary arguments, deductivism, principle of charity, inference to the best explanation.

---

* Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2015.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2013-47662-C2-2-R, durante una estancia de investigación en la Universidad de Oxford financiada por la XUNTA DE GALICIA, MINECO y FEDER. Agradezco los comentarios críticos de Juan Antonio García Amado y de los dos revisores anónimos, pues me han permitido corregir varios errores y mejorar la justificación de mis posiciones.

The issue here does not concern the truth or falsity of a philosophical thesis but rather the wisdom of adopting this or that axiom... The wisdom of a philosophical decision is, in general, vindicated by its fruitfulness (WILSON, 1959: 525).

Los juristas deben utilizar, necesariamente, el lenguaje natural para argumentar. Sus textos argumentativos (orales o escritos) necesitan ser interpretados y sus argumentos reconstruidos antes de poder ser evaluados. Una característica persistente de esos textos es que, en ocasiones, no contienen todos los enunciados necesarios para comprender los argumentos que ofrecen. Expresan lo que se suele conocer como «entimemas». Desde la antigüedad se entiende por «entimema» aquel argumento en el que algunas de sus premisas (o la conclusión) no han sido formuladas[1]. En esos casos el intérprete debe completarlos —incorporando los enunciados tácitos en su reconstrucción— antes de proceder a evaluarlos. ¿Cómo puede un intérprete justificar la atribución de ciertas afirmaciones a un argumentador que no se ha comprometido abiertamente con su defensa? ¿Cómo puede elegir la afirmación a incorporar en la reconstrucción cuando el texto admite más de una interpretación? Éstos son los problemas a considerar.

En este trabajo abordaré las dos cuestiones tomando como referencia las argumentaciones probatorias que los jueces y las partes formulan en el marco de un proceso penal. Mis objetivos son: 1) mostrar las limitaciones de los modelo deductivistas (en sus variantes ingenua y sofisticada) que muchos juristas asumen al abordar los problemas que generan los entimemas probatorios, y que muchos especialistas en lógica y argumentación toman como paradigma para cuestionar los enfoques lógicos en su totalidad; 2) defender un modelo alternativo de naturaleza interpretativa capaz de retener las virtudes de los enfoques lógicos pero sin compartir sus deficiencias; 3) poner a prueba el modelo mediante su aplicación a un ejemplo de argumentación probatoria entimemática, utilizando como guía y justificación para la incorporación de las premisas tácitas un esquema de argumento no demostrativo del tipo «inferencia a la mejor explicación». No es mi intención elevarlo a la categoría de esquema maestro con el que abordar todos los casos posibles de entimemas probatorios, sino ilustrar con él los beneficios de adoptar el modelo alternativo que defiendo.

Sostendré que se deben diferenciar dos momentos en el análisis de los entimemas probatorios: el de la identificación de argumentos entimemáticos en un texto y el de la atribución de ciertos enunciados en particular para completarlos. Para la primera labor el intérprete debe utilizar una noción de «argumento» que no esté comprometida con ninguna «lógica» en particular y un criterio «semántico» para la detección de «huecos» en el interior de esos argumentos. Para la segunda, debe valerse del principio de caridad, y de otras pautas pragmáticas, para escoger la «lógica» que resulte más adecuada como guía para seleccionar las premisas tácitas con las que cubrir esos huecos durante la labor de reconstrucción.

En este trabajo se recurre a los argumentos probatorios como un primer paso para la construcción de una concepción de los entimemas en la argumentación jurídica que resulte aplicable a otros tipos de argumentos. Pero su principal objetivo es presentar una versión plausible de los enfoques lógicos (en un sentido muy amplio) que, en caso

[1] *Cfr.* GERRITSEN (2001), ENNIS (1982), HITCHCOCK (1998), WALTON y REED (2005).

de éxito, pueda servir como fundamento para explorar esas posibilidades en el futuro. Los argumentos probatorios son las formas argumentativas que más se asemejan a las argumentaciones ordinarias sobre las que, por lo general, giran las discusiones relacionadas con la naturaleza de los entimemas[2]. Es por ello que los he considerado el mejor punto de partida para desarrollar una concepción sobre los entimemas que se construya a partir de las necesidades y particularidades de la argumentación jurídica —y no que se proyecte sobre ella apelando a credenciales obtenidas en otros dominios de conocimiento—. Pero las conclusiones de este trabajo sólo permiten albergar una modesta dosis de optimismo sobre el éxito de esa futura empresa.

El interés por los entimemas se remonta a los orígenes de la lógica[3]. Existen dos tipos de estrategias para abordarlos: los *enfoques lógicos*, que han puesto el acento en la estructura de los argumentos y consideran al entimema como un «argumento incompleto», y los *enfoques retóricos*, que desarrollan la otra vertiente de la tradición aristotélica que considera al entimema como un tipo de argumento retórico (ni apodíctico ni dialéctico) que está dirigido a una audiencia en particular, en una situación en particular y con un objetivo específico en particular, en el que el argumentador cree que cierta información puede ser transmitida a sus oyentes sin necesidad de volcarla en palabras de forma explícita[4]. Pero lo que separa a ambos enfoques son sus presupuestos más profundos respecto a lo que debe entenderse por «argumento»[5]. Este concepto adolece de la llamada ambigüedad proceso/producto, esto es, se utiliza tanto para aludir a las actividades que llevan a cabo los sujetos al argumentar como a sus resultados. Los enfoques lógicos hacen hincapié en los «argumentos» entendidos como productos (textos argumentativos) mientras que los enfoques retóricos lo hacen en las actividades y procesos que llevan a cabo los argumentadores al generarlos[6]. Este trabajo es un intento de rehabilitar el enfoque lógico pero no a partir de la crítica a la concepción rival, sino del desarrollo de una variante capaz de superar los principales cuestionamientos teóricos a los que fue sometido, de retener sus principales virtudes y de mostrar su relevancia práctica para el análisis de la argumentación probatoria.

1. LOS MODELOS DEDUCTIVISTAS Y LOS ENTIMEMAS PROBATORIOS

Un «entimema probatorio» es el argumento formulado en el marco de un proceso judicial para justificar la verdad de un enunciado sobre ciertos hechos relevantes para

---

[2] El contexto probatorio en un proceso penal, en el que se acepta que la búsqueda de la verdad es uno de los objetivos de los argumentadores, también facilita la identificación de las pautas pragmáticas que deben servir de guía al intérprete —*vid. infra* sección 2—.

[3] Para un desarrollo histórico de la problemática en torno a los entimemas *vid.* GERRITSEN (1999).

[4] Para una aproximación desde la retórica aristotélica al problema de los entimemas *vid.* BRAET (1999), BURNYEAT (1996), DICK (2002), PIAZZA (1995), VEGA REÑÓN (2004) y WALTON (2001).

[5] En ocasiones la disputa se centra en la forma en la que ARISTÓTELES entendía el concepto de «entimema». En este trabajo no pretendo ingresar en ella, sino defender una concepción de «entimema» como argumento incompleto —sentido que posee más de dos mil años de presencia innegable en las discusiones lógicas, aunque para muchos sea una interpretación errónea de lo que el estagirita plasmó en su *Retórica*—.

[6] La actualidad de ambos enfoques se puede apreciar en el compendio más reciente que se ha publicado en nuestra lengua sobre lógica, argumentación y retórica [VEGA REÑÓN y OLMOS GÓMEZ (eds.), 2011]. En sus páginas se pueden encontrar definiciones de «entimemas» tanto desde enfoques lógicos (AUSÍN y PEÑA, 2011: 279) como retóricos (VEGA REÑÓN, 2011: 226).

la decisión a adoptar en el que algunas de las afirmaciones que cumplen la función de premisas no han sido expresamente formuladas por el argumentador (las llamadas «premisas tácitas» en la literatura que ha abordado la cuestión)[7].

¿Qué es una premisa tácita? La pregunta no resulta fácil de responder, en la medida en la que hay muchos elementos implícitos en un acto de argumentación. En la comunicación ordinaria las personas basan sus interacciones en elementos implícitos, pero los hablantes competentes no muestran ninguna dificultad práctica para identificarlos e incorporarlos en la comunicación. No obstante, resulta teóricamente complicado lograr una explicación satisfactoria de cómo ocurre este fenómeno. La primera distinción que se suele realizar es entre «presupuestos tácitos» y «premisas tácitas» de un argumento. Se podría reconstruir la visión tradicional sobre este tema como aquella que propone distinguir los *presupuestos* (afirmación que expresa una condición de verdad, por lo general trivial, de los enunciados utilizados como premisas y conclusión en una argumentación) de las *premisas tácitas* —afirmaciones que son elementos constitutivos del propio argumento, con las que se llena una laguna o se tiende un puente entre las premisa explícitas y la conclusión—. Las primeras se podrían dejar sin explicitar en la reconstrucción de una argumentación, mientras que las segundas deberían ser incorporadas necesariamente al hacerlo. Pero los autores que proponen la distinción no logran ponerse de acuerdo sobre los criterios para llevarla a cabo[8].

1.1. El deductivismo ingenuo

El modelo deductivista ingenuo (tal como propongo que denominemos desde ahora a la primera versión de deductivismo que exploraremos) considera a los entimemas como argumentos incompletos e identifica a las premisas tácitas con aquellos enunciados capaces de «rellenar esos huecos» [*gap filler*]. La forma de diferenciar los «supuestos tácitos» de las «premisas tácitas» es aplicando las reglas de la lógica deductiva: se deben considerar premisas tácitas sólo aquellas afirmaciones que, una vez incorporadas, convierten al argumento en un argumento completo y deductivamente válido[9].

Apliquemos esta concepción a un ejemplo de argumentación probatoria formulada en lenguaje natural:

TEXTO ARGUMENTATIVO

> A tenor de lo expresado en el acta de procedimiento policial de fs. 33, en la que se dejó constancia de que durante el allanamiento realizado en la casa del imputado fue hallada, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de las mismas sustancias, se puede considerar acreditado que el imputado K tenía en su poder junto a la droga incautada una balanza de precisión con restos de estupefacientes. Todo esto nos conduce a aceptar

[7] Hay autores que prefieren usar la expresión «supuestos no explícitos» para aludir tanto a las premisas como a las conclusiones tácitas (WALTON, 2001: 93). En este trabajo me centraré en los entimemas con «premisas tácitas» —aunque confío en que los resultados se podrán aplicar también a aquellos casos (menos habituales) en los que la conclusión no ha sido expresamente formulada—.

[8] *Cfr.* ENNIS (1982), GOVIER (1987), THOMSON (1996), GERRITSEN (2001: 63-65), WALTON (1996).

[9] Decir que un argumento es «válido» y que es «deductivo» son expresiones equivalentes desde el punto de vista lógico. A partir de ahora las utilizaré de forma indistinta.

como probado que el imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar con ellos.

Prestemos atención al argumento formulado en el final del texto (dejando por ahora de lado los otros argumentos que contiene). Podemos realizar una primera reconstrucción en la que se incluyan los enunciados expresamente formulados:

RECONSTRUCCIÓN SÓLO CON ENUNCIADOS EXPLÍCITOS

(Premisa) El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes.
(Conclusión) El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

Según el deductivismo ingenuo sólo estamos autorizados a introducir como premisas tácitas aquellas afirmaciones que resulten necesarias para que el argumento reconstruido se pueda considerar deductivo[10]. Por ello, lo primero que deberíamos determinar es cuál es la estructura lógica del argumento tal como ha sido formulado en el texto. Podemos formalizarlo utilizando las siguientes convenciones mínimas: letras mayúsculas para las afirmaciones simples y las expresiones lógicas «Si... entonces...» (condicional), «y» (conjunción), «o» (disyunción), y «No» (negación) para dar cuenta de los enunciados compuestos. El resultado sería el siguiente:

ESTRUCTURA LÓGICA DE LA RECONSTRUCCIÓN REALIZADA

Premisa: A[11] y B[12].
Conclusión: C[13].

La lógica deductiva moderna aborda la cuestión de la corrección de los argumentos desde un punto de vista formal: los argumentos son válidos por su estructura o forma, con independencia del contenido. Una de las formas válidas simples más conocidas es el *Modus Ponens*[14]:

ESQUEMA DE ARGUMENTO DEDUCTIVO *MODUS PONENS*

Premisa: Si A entonces B.
Premisa: A.
Conclusión: B.

---

[10] ENNIS (1982) distingue las «premisas usadas», que son las que el hablante tuvo en mente al formular su argumentación, de las «premisas necesarias», que son aquellas que permiten que el argumento sea considerado válido. Esta propuesta presenta algunas dificultades. La primera es que la propia definición de entimema como argumento incompleto parece indicar que ninguno de los elementos implícitos ha sido «usado» por el argumentador. La segunda es que presume que las premisas «necesarias» no son nunca parte de las premisas «usadas», lo que requiere suponer que los argumentadores que emplean el lenguaje natural no persiguen en ningún caso la corrección lógica al argumentar. Por último, en ella se alude a las intenciones del argumentador como criterio para llevar a cabo la distinción, lo que no resulta de mucha utilidad a menos que se explique cómo se pueden identificar esas intenciones —teniendo en cuenta las discusiones que ha generado esta cuestión en otros contextos, como el de la interpretación, no parece que la apelación a las intenciones del argumentador contribuya por sí sola a mejorar la situación—.

[11] «A» = «El imputado poseía en su poder estupefacientes».

[12] «B» = «El imputado poseía en su poder una balanza de precisión con restos de estupefacientes».

[13] «C» = «El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar».

[14] Otros esquemas de argumentos demostrativos simples son el *Modus Tollens* (P_1: Si A entonces B, P_2: No-B, C: No-A) o el *Dilema* (P_1: A-o-B, P_2: Si A entonces C, P_3: Si B entonces C, C: C), por ejemplo. Para un análisis más detallado de estas cuestiones, *vid.* DEAÑO (1989), GARRIDO (1997).

Todo argumento formado a partir de este esquema se considerará deductivo, lo que significa que la afirmación «si todas sus premisas son verdaderas su conclusión es verdadera» es necesariamente verdadera (expresa una verdad lógica). Las formas lógicas válidas pueden ser más o menos complejas, pero en todas ellas, si se utilizan como premisas enunciados verdaderos, la conclusión será verdadera. Los esquemas de argumentos que reflejan estas formas válidas son denominados «esquemas demostrativos», por que con ellos se puede demostrar la verdad de la conclusión —siempre que se parta de premisas verdaderas—[15]. Mientras que los «esquemas no demostrativos» pueden dar lugar a argumentos que, a pesar de contar con premisas verdaderas, tengan como conclusión una afirmación falsa[16].

Volvamos al ejemplo y tomemos el *Modus Ponens* como guía en la labor de interpretación. ¿Qué premisas tácitas transformarían la estructura inválida identificada en la primera reconstrucción del argumento en una forma válida del tipo *Modus Ponens*? Analizando el esquema precedente podremos apreciar que lo que falta es la premisa condicional, formada con la otra premisa expresamente formulada como antecedente (en este caso una disyunción) y la conclusión que se pretende deducir como consecuente:

ESTRUCTURA LÓGICA CON ENUNCIADOS TÁCITOS

Premisa: A y B.
Premisa tácita: Si A y B entonces C.
Conclusión: C.

Mediante este análisis el modelo deductivista ingenuo puede identificar en el texto un *entimema probatorio* sin mayores dificultades. Esto es, un argumento en el que una de sus premisas no había sido expresamente formuladas a pesar de resultar esencial para considerarlo un argumento deductivo. Si traducimos su estructura nuevamente al lenguaje natural el resultado es el siguiente:

RECONSTRUCCIÓN INCLUYENDO ENUNCIADOS TÁCITOS

(Premisa) El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes.

(Premisa tácita) Si el imputado poseía en su poder estupefacientes y el imputado poseía en su poder una balanza de precisión, entonces el imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

(Conclusión) El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

El argumento así reconstruido puede ser considerado una deducción, como afirman los defensores de este tipo de posiciones. Pero a pesar de que permite responder

[15] La forma de entender la idea misma de «esquema de argumento» no es uniforme en la bibliografía sobre el tema (*cfr.* Garssen, 2001; Groarke, 1999; Walton, Reed y Macagno, 2008). Utilizo la expresión «esquema de argumento» para aludir a patrones comunes de argumentación que se pueden diferenciar por la forma o estructura de la relación inferencial que establecen entre las premisas y la conclusión. Se pueden clasificar como demostrativos o no demostrativos según el grado de apoyo que puede dar a esta última (certeza o cierto grado de probabilidad). Los primeros son objeto de estudio de la lógica deductiva mientras que de los segundos se ocupan la lógica inductiva, la lógica informal y la teoría de la argumentación en general.

[16] Los mejores esquemas no demostrativos sólo pueden garantizar que resulta altamente improbable que todas sus premisas sean verdaderas y su conclusión no lo sea. *Vid. infra* punto 2.3.

de forma simple y precisa a los dos problemas que señale como relevantes al comienzo del trabajo, este modelo ha sido objeto de serias críticas[17].

Los principales cuestionamientos que ha recibido son los siguientes:

[1] que considera que todo argumento que tenga una premisa y la conclusión debe ser considerado en todos los casos como un argumento incompleto (HITCHCOCK, 1987);

[2] que ignora la diferencia entre distintos tipos de argumentos, ya que sólo se aplica a argumentos deductivos, cuando en los contextos ordinarios se emplean en mayor medida argumentos que no se ajustan a esas exigencias, por lo que sólo se podrían introducir premisas tácitas en las raras ocasiones en las que se utilicen argumentos deductivos en la argumentación en lenguaje natural (GOVIER, 1987);

[3] que al introducir elementos que no forman parte del argumento que efectivamente se formuló en el texto para ajustarlo a los requerimientos deductivos, el modelo conduce a la comisión de la «falacia del hombre de paja» (WALTON, 1996). Esta falacia consiste en realizar una interpretación distorsionada del argumento a evaluar durante su reconstrucción para facilitar su refutación —cuando existe la posibilidad de hacer alguna interpretación alternativa que no conduzca al mismo resultado, aunque ella implique considerarlo como alguna variante de argumento no demostrativo—;

[4] que hay situaciones en las que se pueden tomar como referencia distintos esquemas de argumento válidos para utilizarlos como guía durante la reconstrucción, lo que permite que se pueda cumplir con el objetivo de dotar de validez deductiva al argumento resultante introduciendo distintas premisas tácitas en cada caso, y la lógica deductiva no puede ofrecer criterios para llevar a cabo esa elección (GERRITSEN, 2001).

Hay críticas para las que el modelo deductivista ingenuo tiene respuestas que no lo obligan a reconsiderar ninguna de sus posiciones básicas. A quienes dicen que se ve obligado a tratar a todo argumento que tenga una premisa y conclusión como si fuera un entimema [1], sus defensores podrían responderles diciendo que se basan en un error: el de considerar que no existen argumentos deductivos válidos que posean sólo una premisa y su conclusión. Si esto fuera cierto la crítica podría tener algún fundamento. Pero no lo es. Hay muchos ejemplos de argumentos deductivos de una sola premisa y conclusión, como «Todo círculo es una figura; por lo tanto, todo el que dibuja círculos dibuja figuras». Al encontrar alguno de estos casos en un texto argumentativo el modelo deductivista ingenuo no se vería forzado a tratarlos como entimemas, pues no tendría inconvenientes en reconocer a partir de los enunciados expresamente formulados en el texto la presencia de argumentos completos y válidos.

Para responder a la crítica que acusa al modelo de ignorar la distinción entre argumentos inductivos y deductivos [2], sus defensores han desarrollado propuestas que defienden que la mejor manera de reconstruir los argumentos llamados inductivos es utilizando la lógica deductiva como herramienta. Entre ellos destaca GROARKE (1999) quien considera que ciertos esquemas que se consideran ejemplos paradigmáticos de argumentos inductivos (*i. e.* generalizaciones inductivas) o de falacias no formales

[17] *Vid.* GERRITSEN (2001), GOVIER (1987), HITCHCOCK (1998), VEGA REÑÓN (2004, 2011), WALTON (1996), WOODS (1990).

(*i. e.* apelación a la autoridad), e incluso argumentos complejos como el argumento moral que se basa en la máxima «de dos males no se puede derivar una corrección» para justificar ciertas decisiones, pueden ser mejor reconstruidos y evaluados como esquemas deductivos que como esquemas no demostrativos. Sólo hay que tener presente que con ellos no se pretende apoyar que la conclusión es cierta, sino que se la defiende como una afirmación que puede tener distintos grados de probabilidad. Podemos conceder que un modelo deductivista más complejo podría superar esta crítica sin traicionar su naturaleza. Pero en el punto siguiente deberemos evaluar su plausibilidad.

En relación con el tercero de los cuestionamientos [3], algunos consideran que para evitar caer en la «falacia del hombre de paja» el modelo deductivista ingenuo sólo podría proponer la introducción de lo que se denominan mínimos lógicos como premisas tácitas: enunciados condicionales que dicen «Si (premisas) entonces (conclusión)» (tal como efectivamente se hizo en el ejemplo de aplicación precedente). Pero esto reduciría el poder evaluativo de la lógica deductiva en argumentos del lenguaje natural a cero, porque todo argumento se podría transformar de esta manera en un esquema válido, lo que en la práctica supone disolver la distinción entre argumentos deductivos y no deductivos (WOODS, 1990)[18]. Muchos creen que para hacer frente a esta crítica no se necesita abandonar el deductivismo, sino sólo la variante ingenua presente en el modelo, tal como veremos en el punto siguiente.

Por último, la crítica que afirma que en la mayoría de los casos hay más de una forma de transformar el argumento de un texto en un esquema demostrativo, y que la lógica deductiva no puede ser el criterio para guiar la elección de uno de ellos para identificar las premisas tácitas al reconstruir el argumento [4], parece plantear una dificultad insuperable al deductivismo ingenuo. Incluso en nuestro ejemplo de argumento probatorio deberíamos justificar por qué hemos optado por el esquema demostrativo del *Modus Ponens* y no, por ejemplo, por un *Modus Tollens* al realizar la reconstrucción. En efecto, el argumento podría reconstruirse de esa manera, y en ese caso la premisa tácita condicional a incorporar debería ser el condicional «Si No-C entonces No (A y B)», lo que traducido al lenguaje natural sería el enunciado «Si no es cierto que el imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar, entonces no es el caso que el imputado poseía en su poder estupefacientes y el imputado poseía en su poder una balanza de precisión». La primera respuesta que se podría dar es que esta variante resulta sumamente forzada, o que no refleja una forma reconocible de argumento en lenguaje natural, mientras que la reconstrucción utilizando el *Modus Ponens* ofrece una versión más inteligible del argumento al ser traducido al lenguaje natural. Posiblemente sea una buena razón para preferir una a la otra. El problema para el modelo deductivista ingenuo es que ninguna de esas razones puede ser aportada por la lógica deductiva. La determinación de cuál es la premisa tácita, incluso en un caso simple, requiere apelar a pautas interpretativas de otra naturaleza. El modelo, para dar cuenta de los dos problemas que señale al comienzo del trabajo, debería abandonar la lógica deductiva como criterio principal y, con ella, su carta de identidad.

---

[18] *Cfr.* ATIENZA (1991). Aunque no se refiera al tema de los entimemas, utiliza este argumento para oponerse al uso de modelos deductivos para dar cuenta de la argumentación jurídica en general.

1.2. El deductivismo sofisticado

Las posiciones que han tratado de enfrentar las tres críticas para las que el modelo deductivista ingenuo no podía ofrecer respuestas claras (*vid. supra* [2], [3] y [4]), sin abandonar el enfoque lógico, reciben el nombre de «deductivismo moderno» o «deductivismo metodológico»[19]. Me referiré a ellas de forma genérica como el modelo deductivista sofisticado[20]. En todas ellas se acepta que la elección entre distintos esquemas deductivos para guiar la reconstrucción no se puede resolver apelando a la propia lógica deductiva [4], pero consideran que esos criterios interpretativos que se deben incorporar al modelo ocupan una posición secundaria, ya que el principal criterio a utilizar puede seguir siendo deductivo. Pero confían en poder responder a las otras dos críticas sin tener que abandonar la lógica deductiva.

Una de las críticas más poderosas es la que afirma que el modelo deductivista ingenuo, al ser aplicado a argumentaciones formuladas en lenguaje natural, se enfrenta al dilema de optar entre la comisión de la falacia del hombre de paja o la de perder la distinción entre argumentos válidos o inválidos, pues lo único que les permitiría escapar del primer cuerno del dilema (introducir enunciados condicionales formados por las premisas formuladas como antecedente y la conclusión como consecuente, los llamados «mínimos lógicos»), permitiría reconstruir cualquier argumento formulado en lenguaje natural como un argumento deductivo [3].

Hay quienes consideran que se puede escapar del dilema adoptando como criterio suplementario que siempre se debería optar por introducir como premisas tácitas los condicionales que se denominan «mínimos lógicos» pero generalizándolos (Eemeren y Grootendorst, 1992). Creen que de esta manera se incorpora un enunciado que es verificable, porque incorpora un plus de información en el argumento, mientras se mantiene la posibilidad de distinguir las premisas tácitas de los presupuestos de la argumentación, pues estos últimos nunca serán un enunciado condicional que llene el hueco entre premisas explícitas y conclusión, sino otra forma de información tácita no relevante para la reconstrucción.

La réplica es interesante, pues utiliza para la defensa del modelo uno de sus rasgos más cuestionados: la falta de criterios para escoger entre los diferentes esquemas válidos que se pueden utilizar para, a partir de los enunciados presentes en el texto, introducir un conjunto de premisas tácitas. Aceptan esta crítica y reconocen que deben introducir en su enfoque criterios que no provienen de la propia lógica deductiva, pero les otorgan un papel secundario en el nuevo modelo. En este caso, una vez hallados los mínimos lógicos que harían válido al argumento, el intérprete se ve inducido por una de esas pautas a transformarlos en enunciados condicionales generales.

Pondremos a prueba la propuesta del modelo deductivista sofisticado en nuestro ejemplo de entimema probatorio. Recordemos la premisa tácita que se había atribuido

---

[19] *Cfr.* Hitchcock (1980), Ennis (1982), Eemeren y Grootendorst (1992), Gerritsen (2001), Groarke (1999).

[20] Para otros autores, en cambio, esas críticas condenan a la trivialidad a todo enfoque lógico en relación con los entimemas y muestran que la única forma de abordarlos es aquella que retoma la tradición retórica aristotélica (Vega Reñón, 2011: 226). Pero se trata de una crítica débil ya que se apoya en la identificación de los enfoques lógicos con las variantes ingenuas de deductivismo.

al texto utilizando el modelo deductivista ingenuo: «Si el imputado poseía en su poder estupefacientes y el imputado poseía en su poder una balanza de precisión, entonces el imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar». El modelo deductivista sofisticado propone que, una vez hallados estos mínimos lógicos, se proceda a generalizarlos. En nuestro caso, deberíamos cambiar la referencia a ciertos hechos específicos del pasado, y la mención a un individuo determinado, por una formulación que aludiera a los mismos hechos pero en cualquier tiempo y lugar y con cualquier sujeto como protagonista. El resultado sería el siguiente: «*Todo sujeto* que *posee* en su poder estupefacientes y una balanza de precisión, *posee* los estupefacientes con la intención de comerciar».

El argumento reconstruido con esta nueva premisa tácita mantiene su carácter deductivo pero, al incorporar una versión general del enunciado condicional, permite que la verdad de la premisa tácita exceda el marco de lo afirmado en los otros enunciados que componen el argumento. No obstante, los problemas subsisten. Por un lado, nada impide que —aún con la versión generalizada de los mínimos lógicos— el nuevo criterio se pueda emplear para mostrar como válido a cualquier argumento formulado en lenguaje natural, con la consiguiente imposibilidad de distinguir entre argumentos deductivos y no deductivos en la argumentación ordinaria, tal como afirmaban sus críticos. Por otro lado, si prestamos atención al resultado del proceso de reconstrucción, veremos que se ha pasado de una versión del argumento con una premisa que podía ser verdadera o falsa, a un argumento con dos premisas: una de ellas susceptible de verdad o falsedad pero la otra claramente falsa. No es cierto que «todos los sujetos» que tienen drogas y balanza de precisión junto a ellas tengan la intención de comerciar con los estupefacientes. Hay mucha gente que consume droga y cocina platos con su droga favorita —con lo que es razonable pensar que puedan usar una balanza de precisión para pesar sus ingredientes—. Hay mucha gente que consume droga y pesa las dosis que utiliza: para evitar accidentes, para no derrochar, o por pura manía. El enunciado condicional que funcionaba como un mínimo lógico para otorgar validez al entimema al ser generalizado gana contenido empírico, pero merced a esa relación con la realidad su falsedad resulta evidente. El modelo deductivista sofisticado parece poder escapar del segundo cuerno del dilema que le habían planteado sus críticos pero sólo para terminar colgado del otro cuerno. El criterio complementario que incorpora lo lleva a cometer la falacia del hombre de paja: atribuir al texto que pretende evaluar una versión debilitada del argumento que contiene a los efectos de favorecer su refutación[21]. A pesar de estos resultados pocos alentadores, creo que debemos abordar la forma en la que el modelo podría hacer frente al segundo de los cuestionamientos, pues algunos consideran que al hacerlo podrían responder al mismo tiempo a los problemas que acabamos de señalar al uso de mínimos lógicos generalizados.

La otra crítica importante al modelo deductivista ingenuo [2] afirmaba que no era aceptable porque sólo podía dar cuenta de argumentos deductivos, los que resultan

[21] El deductivista sofisticado podría replicar sosteniendo que este resultado es contingente, por lo que no se puede considerar probado que las premisas incorporadas en la reconstrucción a partir de mínimos lógicos generalizados resulten necesariamente falsas en todos los casos posibles. Pero para ello debería indicar otros criterios complementarios a utilizar en aquellos casos en los que, como en el ejemplo analizado, si lo son. Como la lógica deductiva no puede aportar esos criterios la posición resultante ya no podría considerarse deductivista en sentido estricto.

muy poco habituales en la argumentación en lenguaje natural. La gran variedad de argumentos no demostrativos que se emplean a diario no podrían ser reconstruidos aplicando la lógica deductiva, por lo que se debería concluir que tampoco podrían aparecer nunca como entimemas. Esto lleva a una reducción inaceptable del problema inicial: los entimemas serían sólo aquellos argumentos deductivos incompletos. No podría haber analogías entimemáticas, por ejemplo, ni inferencias estadísticas, ni falacias no formales entimemáticas.

La respuesta que da el modelo deductivista sofisticado es que todos los argumentos entimemáticos pueden ser analizados aplicando la lógica deductiva para hallar sus premisas tácitas, siempre que se usen indicadores en la reconstrucción que señalen los diferentes grados de certeza con los que se afirman las premisas y la conclusión (único elemento que diferencia, a su entender, a las inferencias deductivas de las inductivas) cuando el contexto indique que el argumentador ha pretendido utilizar esquemas de argumentos no demostrativos. En materia probatoria, por ejemplo, muchos afirman que los argumentos responden a una estructura inductiva de carácter entimemática, que puede ser reconstruida y evaluada utilizando esquemas deductivos como guía[22].

Si volvemos al ejemplo que hemos utilizado anteriormente, el modelo deductivista sofisticado podría defenderse diciendo que, una vez detectado los mínimos lógicos y generalizados (porque no debemos olvidar que este ajuste en el modelo era necesario para evitar las críticas anteriores), cuando el contexto nos permita suponer que el argumentador ha pretendido formular argumentos no demostrativos, hay que proceder a debilitar el grado de certeza con los que se afirman las premisas y la conclusión. Lo habitual en estos casos es introducir el término «Es probable» tanto en las premisas como en la conclusión para indicar esa diferencia, aunque la expresión no aparezca en el texto. Será el contexto el que permitirá justificar este ajuste en la fuerza epistémica de las premisas y conclusión del argumento para poner de manifiesto la naturaleza no demostrativa de ciertos argumentos probatorios[23].

RECONSTRUCCIÓN COMO ARGUMENTO INDUCTIVO

(Premisa) El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes.

(Premisa tácita) *Es probable que todo sujeto* que *posee* en su poder estupefacientes y una balanza de precisión, *posee* los estupefacientes con la intención de comerciar.

(Conclusión) *Es probable* que el imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

Puede parecer que de esta manera el modelo deductivista sofisticado no sólo puede responder a quienes sostenían que no podía dar cuenta de argumentos inductivos entimemáticos, sino también a la crítica que lo acusaba de introducir premisas generales falsas en la reconstrucción para satisfacer sus criterios —con la consiguiente

[22] Por ejemplo, hay quienes afirman que la inferencia probatoria posee la estructura de un silogismo inductivo «que en las premisas lleva la descripción del hecho que se ha de explicar y las pruebas practicadas, además de generalizaciones habitualmente sobreentendidas (entimemáticamente) sobre la fiabilidad de experiencias análogas, y en la conclusión la enunciación del hecho que se acepta como probado por las premisas y que equivale a su hipótesis de explicación» (FERRAJOLI, 1995: 53).

[23] Esta posición supone que las propiedades epistémicas que se prediquen de las premisas y de la conclusión resultan relevantes para determinar la forma lógica del argumento, lo que resulta discutible.

comisión de la falacia del hombre de paja—. Porque ahora la premisa tácita no es falsa, sino que expresa una verdad meramente probable, lo mismo que la conclusión. El argumento no ha perdido solidez durante el proceso de reconstrucción por las decisiones del intérprete[24].

¿Es satisfactoria la respuesta que da a sus críticos el modelo deductivista sofisticado? Creo que no lo es. Porque de esta manera el modelo no evita el colapso de la diferencia entre argumentos deductivos e inductivos, sino que lo reproduce en la otra dirección. Ahora cualquier argumento formulado en lenguaje natural puede ser reconstruido como un argumento inductivo. Si los mínimos lógicos permitían evitar la comisión de la falacia del hombre de paja pero colapsaban la distinción porque permitían hacer de cualquier argumento una deducción, con esta respuesta ocurre exactamente lo mismo: evita cometer la falacia del hombre de paja pero con un criterio que permite hacer de cualquier argumento formulado en lenguaje natural un argumento inductivo durante el proceso de reconstrucción. La distinción entre argumentos deductivos e inductivos (y con ella el uso de las lógicas correspondientes) pasa a tener ninguna relevancia para la teoría de la argumentación preocupada por los argumentos formulados en lenguaje natural.

Pero hay otro problema: si evaluamos la respuesta que da a la falta de flexibilidad para aceptar la existencia de argumentos no demostrativos entimemáticos, y los criterios que propone que dar cuenta de ellos, el resultado es de una uniformidad aplastante. Todos los argumentos inductivos que el modelo puede reconocer son aquellos que posean una estructura válida pero con premisas meramente probables. El rico universo de los argumentos no demostrativos (con analogías, inferencias estadísticas, argumentos confirmatorios, inferencias a la mejor explicación, etc.) queda reducido a formas parasitarias de sus correlatos deductivos, a sombras de esquemas válidos[25]. No parece suficiente flexibilidad como para solventar la crítica de quienes acusan al modelo de no poder dar cuenta de la variedad de formas argumentativas que se utilizan a diario en los lenguajes naturales.

Por último, el modelo pasa de ofrecer criterios basados en la lógica deductiva para poder identificar las premisas tácitas entre los otros elementos que forman la complicada red de saberes tácitos compartida por los argumentadores, a reemplazarlos por un conjunto de pautas inciertas cuya aplicación depende de un análisis intuitivo del contexto en el que se produjo la argumentación entimemática. El modelo ha renunciado a la lógica deductiva como la principal herramienta metodológica reemplazándola por una apelación ingenua al contexto. Ha perdido la capacidad para contestar con precisión a la pregunta «¿qué es una premisa tácita?», uno de los rasgos que lo hacía más atractivo, porque sus criterios complementarios apelan sin más a la problemática noción de «contexto». Pero lo hace porque para poder abordar su análisis con algún rigor debería abandonar el dominio sintáctico en el que se mueve la lógica deductiva

[24] Se dice que un argumento es «sólido» cuando, además de ser lógicamente correcto, todas sus premisas son verdaderas. *Vid. infra*, punto 2.3.

[25] En una posición similar se encontrarían quienes consideran que en estos casos la respuesta a dar consiste en mostrar que las premisas tácitas son generalizaciones derrotables. Toda argumentación en lenguaje natural podría ser reconstruida como una inferencia derrotable, con lo que la propia distinción dejaría de tener interés (*cfr.* WALTON y REED, 2005).

para ingresar en la dimensión pragmática de la comunicación. El modelo resultante ya no sería una variante reconocible de deductivismo, sino un modelo en el que las principales pautas a utilizar como guía en la reconstrucción de entimemas serían de naturaleza interpretativa, y en el que la lógica deductiva sólo podría desempeñar un papel secundario. Pero esta debacle del deductivismo no requiere, como muchos creen, abandonar completamente el enfoque lógico sobre los entimemas.

2. UN MODELO INTERPRETATIVO PARA LOS ENTIMEMAS PROBATORIOS

La argumentación ordinaria en lenguaje natural requiere, para ser correctamente reconstruida y evaluada, que el analista obtenga importante información del contexto. Esto es importante para todas las tareas interpretativas, pero en especial para la identificación de las premisas tácitas. La cuestión es qué información del contexto resulta relevante y cómo incluirla al realizar esa labor. El concepto de «contexto» es amplio e impreciso, por lo que resulta dificultoso establecer la forma en la que, de su examen, se pueden extraer elementos fundamentales para el análisis de la argumentación (JACOBS, 1999: 38). La búsqueda de premisas tácitas depende de ampliar en esa dirección el enfoque de la argumentación, porque sólo de esa manera se pueden resolver las cuestiones que surgen, por ejemplo, cuando hay más de una alternativa para reconstruir las premisas tácitas en un argumento. La posición del analista en estos casos es muy complicada porque en muchas ocasiones no comparte el contexto específico de emisión y recepción de la argumentación. ¿Cómo saber que está haciendo una reconstrucción adecuada de ese contexto en el que no se encontraba cuando ocurrieron los intercambios argumentativos que pretende examinar? Una forma de abordar este problema consiste en analizar los rasgos genéricos del contexto en el que se produjo la argumentación. Es en este momento en el que cobran relevancia los límites que he impuesto a este trabajo desde su inicio: las argumentaciones probatorias formuladas en el marco de un procedimiento judicial de tipo penal. Porque será ese contexto genérico el que deberá ser examinado en primer lugar para determinar los rasgos a los que deberán ajustarse las pautas que adopte el analista para reconstruir los entimemas probatorios[26].

Los enfoques pragma-dialécticos (EEMEREN, 2004) abordan las cuestiones relacionadas con la identificación de esas pautas pragmáticas adoptando como punto de partida que toda argumentación se puede entender como un intercambio dialógico y proponiendo, a continuación, una clasificación de los distintos tipos de diálogo. Esos son los posibles contextos de los que dependen las reglas a utilizar tanto para la reconstrucción como para la evaluación de los argumentos (WALTON, 2007 y 2008). Esta perspectiva puede ser de utilidad si el objetivo que se persigue es comprender la labor

[26] Se argumenta a partir de evidencias en muchos contextos diferentes: la vida cotidiana, la investigación científica, el diagnóstico médico, el periodismo deportivo, etc. Si bien poseen algunos elementos comunes serán sus diferencias las que resultarán más relevantes en la búsqueda de pautas capaces de guiar la labor del intérprete. En el derecho también caben hacer distinciones relevantes entre contextos argumentativos no judiciales y judiciales, por ejemplo, y en estos últimos, entre procesos civiles, mercantiles, contencioso-administrativo, etcétera.

argumentativa de las partes durante la tramitación del proceso. En ese caso se debería establecer, en primer lugar, el tipo de diálogo que entablan los litigantes en el marco de un proceso judicial, para luego aplicar las reglas que rigen los intercambios argumentativos en ese tipo de diálogo como guía para la reconstrucción y evaluación de sus argumentaciones. Esta forma de abordar el problema puede ser fructífera si lo que se busca es ofrecer pautas concretas para reconstruir entimemas desde el punto de vista de los propios argumentadores en un contexto en el que pueden interactuar entre ellos (cara a cara o a distancia). Pero no es el punto de vista que me interesa examinar en este trabajo. El análisis de los entimemas probatorios que propongo adopta el punto de vista del juez en un proceso penal —o el de cualquiera de las partes frente a una sentencia judicial que pone fin a alguna de las etapas del proceso judicial—, que es similar a la posición en la que se encuentra un analista externo frente a cualquier texto argumentativo.

Uno de los principales objetivos del proceso penal es la búsqueda de la verdad sobre las afirmaciones fácticas relevantes para la suerte procesal del imputado, por lo que se puede asumir que este es el compromiso de todos los argumentadores en ese contexto. Las partes litigantes (defensores y acusadores) entablan un diálogo crítico o racional a lo largo del proceso para tratar de convencer a un tercero (el juez) de la verdad de ciertas afirmaciones formulando argumentos que se apoyan en las evidencias legalmente introducidas en el proceso. Quien debe decidir se encuentra en una posición estática frente a esa dinámica argumentativa, ya que por lo general deberá reconstruir y evaluar las argumentaciones de las partes a través de los textos que hayan producido. No se integra en la secuencia de intercambios dialógicos, sino que su función es la de clausurarla, poniendo fin al desacuerdo que la ha motivado. Por ello muchas de las pautas que los enfoques retóricos han elaborado para guiar la tarea de reconstrucción de entimemas no resultan de aplicación desde la perspectiva que nos ocupa. No resulta razonable, por ejemplo, darle al juez (ni a las partes frente a una sentencia judicial) una pauta general que indique que sólo se podrá atribuir un entimema si el emisor acepta explícitamente la reconstrucción que propone de su texto[27], ya que el proceso penal en esas situaciones no admite ningún intercambio dialógico en el que sea posible requerir dicho consentimiento[28]. Lo que necesitamos, en consecuencia, es una guía para determinar los aspectos relevantes del contexto que se deben incorporar en la reconstrucción de la argumentación probatoria en aquellos casos en los que no es posible interactuar con el emisor del texto argumentativo, pero sin sacrificar los rasgos más generales que permiten diferenciar los enfoques lógicos de los enfoques retóricos.

Los rasgos que debería tener un modelo alternativo para ser capaz de preservar las virtudes de los enfoques lógicos, sin las debilidades de sus variantes deductivistas, serían los siguientes:

---

[27] «La reconstrucción de un entimema como un argumento textual [...] no es un procedimiento relevante y aceptable a efectos argumentativos o contra-argumentativos, salvo que sea realmente asumido por el emisor.» (VEGA REÑÓN, 2004: 314). Se podría mantener esta exigencia, incluso en situaciones como las mencionadas en el texto, si en lugar de exigir una aceptación expresa del emisor pudiera ser satisfecha de manera hipotética, tal como propondré más adelante —*vid. infra* punto 2.3—.

[28] De la misma manera, las posiciones que abogan por la formulación de preguntas (sea para guiar la labor de reconstrucción como la de evaluación de los esquemas argumentativos utilizados) tampoco resultan de aplicación en una situación en la que no existe la posibilidad de formularlas (WALTON y MACAGNO, 2009).

1) una concepción de las premisas tácitas como *gap fillers*, rellenos de huecos presentes en el argumento, que le permita diferenciarlas de los innumerables supuestos tácitos sobre los que descansa todo acto argumentativo,

2) la capacidad para identificar como entimemas argumentos con cualquier estructura lógica —demostrativa o no demostrativa— tomando como punto de partida el análisis de los textos argumentativos (orales o escritos) formulados en lenguaje natural,

3) justificar la atribución de premisas tácitas en cualquiera de esos casos sin necesidad de reducirlos a esquemas uniformes de tipo deductivo o inductivo durante el proceso de reconstrucción,

4) explicitar los criterios interpretativos que guían la elección de las herramientas lógicas y argumentativas a utilizar durante la reconstrucción y posterior evaluación de las argumentaciones entimemáticas en el lenguaje natural.

Propongo partir de una definición mínima de argumento, utilizar un criterio semántico para detectar la presencia de «huecos» (*gaps*) en los argumentos expresados en lenguaje natural, e incorporar las premisas tácitas que permitan cubrirlos desde la teoría normativa que permita ofrecer la mejor versión de dicho argumento en términos de solidez. Coincido con los deductivistas modernos en que los criterios para seleccionar la premisa tácita a introducir —o el propio modelo normativo a utilizar para su identificación— dependen en última instancia del contexto en el que se ha llevado a cabo la argumentación que se pretende analizar. Pienso que, teniendo en cuenta las características genéricas del contexto probatorio, se puede llevar a cabo esa tarea guiados por el principio de caridad, que insta a interpretar los textos argumentativos optando por la versión en la que sus argumentos resulten más sólidos[29]. Este principio será fundamental para identificar y reconstruir los entimemas probatorios pero no excluye el uso de otras pautas pragmáticas. Con su guía podremos seleccionar el tipo de lógica o teoría normativa de la argumentación que cabe aplicar en cada caso para justificar la atribución de ciertas premisas tácitas en lugar de otras, tarea que se lleva a cabo no de forma directa, sino comparando las consecuencias de reconstruir los argumentos como esquemas de argumentos demostrativos o no demostrativos y, eventualmente, entre distintas especies de unos u otros.

2.1. El concepto de «argumento»

Los textos (orales o escritos) que se formulan con el objeto de dar razones para aceptar o rechazar la verdad de una afirmación se caracterizan por contener argumentos. Entiendo por «argumento» un conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados cumple la función de apoyar la verdad de otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que cumplen la función de apoyo se los denomina «premisas», y al enunciado que se pretende apoyar se lo llama «conclusión»[30]. Los «enunciados» son expresiones lingüísticas de las que se puede decir que son verdaderas o falsas porque se proponen informar acerca de algo.

---

[29] El llamado «principio de caridad» ha sido definido y utilizado de diversas maneras en la Filosofía del Lenguaje contemporánea. Para una explicación del sentido con el que lo empleo *vid. infra* punto 2.3.

[30] Sobre las discusiones en torno a la noción de «argumento», *vid.* PARSONS (1996) y WALTON (1990).

Aunque no contemos con criterios estrictos para determinar la presencia de un argumento en un texto, se pueden tomar como referencia algunas expresiones lingüísticas que por lo general actúan como indicadores de la presencia de premisas y conclusiones. Los indicadores de conclusión son expresiones cuya presencia señala que lo que sigue es la conclusión de un argumento: «por lo tanto», «en consecuencia», «como resultado», «por todo lo expuesto», «lo que permite dar por probado», etc. Los indicadores de premisas, por su parte, preceden a la formulación de los enunciados con los que se pretende apoyar la verdad de otro enunciado en el texto: «porque», «dado que», «puesto que», etc. Estos indicadores no son marcas textuales que señalen automáticamente la presencia de un argumento, existen casos en que su uso obedece a otras razones y no a la de apoyar la verdad de una afirmación[31].

Los textos argumentativos suelen tener una estructura compleja. Pueden combinar párrafos descriptivos con párrafos en los que se formulan argumentos, y estos a su vez no suelen aparecer aislados, sino enlazados de diferentes formas. Definiré la noción de «argumentación» como un conjunto de argumentos enlazados, de manera tal que algunos de ellos resultan el fundamento para la adopción de las premisas de otros de los argumentos que la componen. En toda argumentación hay uno o varios argumentos cuya conclusión es la tesis principal que se pretende defender, y una cantidad variable de otros argumentos cuyas conclusiones son las premisas que se emplean en aquellos. Llamaremos «argumento principal» a aquel que tiene como conclusión la principal afirmación que defiende en el texto. A los argumentos que tienen como conclusión alguna de las premisas empleadas en ese argumento los denominaremos «argumentos secundarios»[32].

Una vez decidido que un texto cumple una función argumentativa, lo que se debe hacer es *reconstruir* los argumentos que en él se formulan. Esta tarea es muy importante pues en el lenguaje natural las premisas y la conclusión pueden aparecer en cualquier orden, y muchos enunciados pueden estar formulados de manera incompleta. Es necesario presentar el argumento agrupando las premisas, distinguiendo claramente la conclusión, y expresando los enunciados de forma completa, antes de proceder a su evaluación. Incluso se debe unificar la terminología cuando el argumentador haya utilizado diferentes expresiones lingüísticas como sinónimos por razones estilísticas, porque es esa conexión al nivel de los significados lo que permite identificar, en parte, la relación de apoyo entre los enunciados que lo forman[33]. Es la relación semántica entre los enunciados la que nos va a permitir hacer esta identificación en un primer momento de la tarea interpretativa —aunque luego debamos ajustar nues-

---

[31] En el mismo sentido Ausín y Peña (2011: 479).

[32] En algunas argumentaciones el conjunto de argumentos se encuentra enlazado sólo por la conclusión. Es el caso de aquellos textos en los que todos los argumentos se pueden considerar «argumentos principales» porque apoyan la verdad de la tesis principal. Se trata de una estructura más débil que la que he tomado como referencia porque en ella no se defiende la verdad de las premisas empleadas —uno de los pilares sobre los que descansa la solidez de los argumentos—. Sobre el concepto de «solidez», *vid. infra*, punto 2.3.

[33] En un texto argumentativo puede haber oraciones que no cumplen ninguna función en sus argumentos. Con ellas se puede pretender llamar la atención del receptor, identificar el tema en el que se enmarca la argumentación, justificar su importancia, o conectarlo con otras cuestiones que se consideren interesantes. En la tarea de reconstrucción se deben aislar sólo aquellos aspectos del texto que resulten relevantes para determinar que grado de apoyo cabe atribuirle a la verdad de la conclusión que en él se pretende defender.

tra interpretación en etapas ulteriores de la reconstrucción utilizando otros criterios auxiliares—[34].

Volvamos a nuestro ejemplo inicial. Además del conocimiento que tenemos del contexto en el que se produjo el texto, un proceso penal, lo que nos permite atribuirle *prima facie* una función argumentativa, también encontramos ciertas marcas en el propio texto que nos indican la presencia de argumentos y nos señalan las distintas funciones que los enunciados cumplen en ellos.

TEXTO DE LA SENTENCIA

> A TENOR DE LO EXPRESADO EN el acta de procedimiento policial de fs. 33, en la que se dejó constancia de que durante el allanamiento realizado en la casa del imputado fue hallada, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de las mismas sustancias, SE PUEDE CONSIDERAR acreditado que el imputado K tenía en su poder junto a la droga incautada una balanza de precisión con restos de estupefacientes. TODO ESTO NOS CONDUCE A ACEPTAR COMO PROBADO QUE el imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar con ellos.

Ya no necesitamos partir de una noción de argumento probatorio cargada teóricamente, tal como hicimos al inicio del trabajo. Nos bastan las definiciones que hemos aportado, y algunos criterios textuales y contextuales básicos para quienes son competentes en el uso del lenguaje natural, para identificar en el texto de la sentencia la presencia de una «argumentación». La primera etapa en la tarea de reconstrucción consiste en agrupar los enunciados relevantes según los distintos argumentos y organizar la estructura general de la argumentación señalando cuales cumplen la función de argumentos principales y cuales la de argumentos secundarios. También se debe unificar la terminología, una vez que se verifique que los términos «drogas» y «estupefacientes» se utilizan en el texto como sinónimos estrictos[35].

RECONSTRUCCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN CON ENUNCIADOS EXPLÍCITOS[36]

> [*Premisa argumento secundario*] En el acta de procedimiento policial de fs. 33 dice que «en la casa del imputado fue hallada, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes».
>
> [*Conclusión argumento secundario* - **Premisa argumento principal**] El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes.
>
> [**Conclusión argumento principal**] El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

Esto es todo lo que podemos hacer con un texto argumentativo utilizando un conjunto de definiciones que no dependan de ninguna teoría normativa sobre la correc-

---

[34] Hay quienes sostienen que la reconstrucción no es un paso necesario para la comprensión de los entimemas. Pero al hacerlo deslizan el problema hacia una cuestión distinta de la que nos ocupa: ¿cómo comprendemos la comunicación entimemática en lenguaje natural? *Vid.* PAGLIERI y WOODS (2011a).

[35] Es durante esta tarea dónde se pueden detectar deslizamientos de significados que pueden menoscabar la solidez del argumento, o descubrir la presencia de cuestiones verbales no abordadas en el texto.

[36] Para dar cuenta de la estructura arbórea de la argumentación se utilizarán márgenes mayores y cursivas para los argumentos secundarios, márgenes comunes y negritas para el argumento principal.

ción de los argumentos. Determinar si cabe atribuir enunciados tácitos al texto para completar estos argumentos requerirá la adopción de una definición de «entimema» que ofrezca criterios para su identificación pero que continúe siendo neutral respecto a su naturaleza lógica.

2.2. La definición de «entimema»

Se entenderá por «entimema» aquel argumento que tenga un hueco (*gap*) entre sus premisas y su conclusión. Se entenderá que existe un «hueco entre las premisas y la conclusión» cuando en está se utilice un término (general o particular) que no se use en ninguna de las premisas identificadas durante la primera etapa del proceso de reconstrucción, o cuando entre las premisas y la conclusión exista un salto de nivel lingüístico no justificado en ninguna de las premisas explícitas.

IDENTIFICACIÓN DE HUECOS
EN LA ARGUMENTACIÓN RECONSTRUIDA

[*Premisa AS*] En el acta de procedimiento policial de fs. 33 dice que «en la casa del imputado fue hallada, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes».

[Hueco$_1$]

[*Conclusión AS* — **Premisa AP**] El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes.

[Hueco$_2$]

[**Conclusión AP**] El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

El «Hueco$_1$» se identifica mediante la aplicación del segundo criterio contenido en la definición de «entimema», en la premisa se formula un enunciado metalingüístico y en la conclusión se afirma la verdad del enunciado que en ella ocupa la posición de lenguaje objeto sin que exista otra premisa que justifique ese paso de nivel[37]. El «Hueco$_2$» se identifica apelando al primer criterio: en la conclusión se utiliza el término general «intención» que no ha sido usado en ninguna de las premisas. De esta manera se puede constatar la presencia de dos «entimemas» en la argumentación sin necesidad de suponer ninguna teoría normativa sobre la corrección de los argumentos. El problema que debemos enfrentar ahora es qué elementos del contexto podemos identificar como posibles rellenos para esos huecos, en otras palabras, cuales son las premisas tácitas que podemos atribuir al texto. Para hacerlo necesitaremos utilizar algunas pautas pragmáticas como guía.

2.3. El principio de caridad y la atribución de premisas tácitas

El primer filósofo del lenguaje que utilizó la expresión «principio de caridad» fue WILSON (1959). Se valió de este principio para decidir entre dos interpretaciones po-

[37] Esto ocurre siempre que se apela al contenido de un texto escrito como premisa y se concluye afirmando su contenido —se trate de actas, pericias, u otro tipo de documentos públicos o privados—. También cuando se usan como premisas los dichos de un testigo para apoyar como conclusión los enunciados contenidos en su declaración.

sibles del significado con el que un hablante hipotético llamado «Charles» utilizaba el nombre «César» en cinco afirmaciones. Si se optaba por la primera, en la que se entendía «César» como aludiendo a Prasutagus —el que fuera marido de la reina icena Boudica—, sólo una de las afirmaciones de Charles resultaba verdadera. Si se optaba por la segunda, en la que «César» designaba al general romano histórico «Julio César», cuatro de sus cinco afirmaciones resultaban verdaderas. Según WILSON, aplicando el principio de caridad se debía optar por la segunda interpretación[38].

Un año después QUINE apeló al principio de caridad como guía para la identificación de las conectivas lógicas en una situación de traducción radical, aquella en la que se encuentra un sujeto que debe traducir las expresiones del lenguaje de un pueblo al que llega por primera vez sin contar con el auxilio de intérpretes capaces de manejar ambas lenguas. Aunque citó a WILSON en nota al pie, el alcance que dio al principio de caridad fue diferente: «El fundamento de sentido común que da pie a esa máxima es que, rebasada cierta medida, la estupidez del interlocutor es menos probable que el error de traducción —o bien, en el caso de una misma lengua, menos probable que alguna divergencia idiomática—» (QUINE, 2001: 88). El principio de caridad, en esta segunda encarnación, constituye una máxima heurística que orienta la labor del intérprete indicándole que, en caso de que un texto admita más de una interpretación, debería optar por aquella que presuponga el mayor grado de racionalidad en el emisor. De esta manera, deja de ser entendido como una herramienta filosófica para determinar el valor semántico de los términos del lenguaje para ser considerado una máxima de sentido común capaz de guiar la labor general de interpretación[39]. Es esta versión del principio de caridad —y no la propuesta originalmente por WILSON— la que ha marcado en gran parte su uso posterior en la disciplina[40]. En este trabajo adoptaré esta forma de entenderlo, como una pauta heurística débil y de carácter general que puede resultar útil como guía para el intérprete interesado en reconstruir los argumentos formulados en un texto (oral o escrito) atribuyéndole a su emisor un nivel de racionalidad similar a la suya.

Tal como hemos señalado, en un procedimiento penal los argumentadores pretenden que aquellos a quienes dirigen sus textos (orales o escritos) acepten la verdad de sus afirmaciones fácticas. Para ello formulan argumentos probatorios en los que dichas afirmaciones se presentan como conclusiones. Gran parte de su éxito depende de la solidez que tengan esos argumentos. La solidez es una propiedad que expresa el grado de apoyo que se puede atribuir a la conclusión de un argumento teniendo en cuenta la verdad de sus premisas y la corrección de su estructura inferencial. La corrección estructural de un argumento se puede evaluar utilizando distintas teorías normativas.

---

[38] *«And so we act on what might be called the Principle of Charity. We select as designatum that individual which will make the largest possible number of Charles' statements true»* (WILSON, 1959: 532).

[39] En el mismo sentido JACKMAN (2003), quien —no obstante— argumenta a favor de volver al sentido originario que tenía el principio de caridad en el artículo de WILSON.

[40] DAVIDSON sigue la línea de QUINE pero en su teoría del significado el principio de caridad exhorta al intérprete a maximizar las creencias verdaderas del emisor así como su racionalidad (*i. e.* DAVIDSON, 1985). Sobre el sentido —o los distintos sentidos— que le da DAVIDSON al principio de caridad en sus trabajos *vid.* MCGINN (1977), LEPORE y LUDWIG (2005: 198 y ss.). Sobre la forma de interpretar el uso del principio de caridad en QUINE y DAVIDSON, e incluso más allá de los límites de la teoría del significado, *vid.* HERNÁNDEZ BORGES (2005), BUSTOS GUADAÑO (1999), SÁNCHEZ DURÁ y SANFÉLIX VIDARTE (1999).

Por ello se pueden emplear distintos términos técnicos para referirse a ella. La lógica deductiva permite clasificar las estructuras de argumentos en *válidas* o *inválidas*. Las lógicas inductivas se preocupan por medir el grado de *fuerza inductiva* de los esquemas de argumentos no demostrativos (aquellos que serían inválidos aplicando la lógica deductiva), definiéndola como el grado de probabilidad que cabe atribuir a la verdad de la conclusión a partir de la verdad de las premisas.

«Probabilidad» es un término con muchos sentidos. Aquí no se utiliza como un término absoluto referido a la conclusión de un argumento [$Pr_{(p)}$], sino como un concepto condicional que se aplica al par formado por la conclusión y el conjunto de premisas [$Pr_{(p/q)}$]. Se la denomina «probabilidad inductiva» o «probabilidad lógica». Con ella se alude al grado de apoyo que cabe atribuir a la verdad de la conclusión teniendo en cuenta la verdad de las premisas de un argumento, que se puede formular en términos cuantitativos (asignándole valores de 0 a 1) o cualitativos («alta», «baja», «muy baja», etc.). «Probable» en este sentido expresa una relación entre las premisas y la conclusión de un argumento y no una propiedad de la conclusión. Es la medida de la fuerza inductiva de un argumento. En las normas procesales se usan estándares cualitativos como «más allá de toda duda razonable», «plena prueba», «íntima convicción», «preponderancia de la evidencia» para aludir al grado de apoyo que cabe exigir a los argumentos probatorios para aceptar la verdad de su conclusión[41].

Un argumento es *inductivamente fuerte* si es altamente improbable que todas sus premisas sean verdaderas y la conclusión falsa, y será *inductivamente débil* si sus premisas pueden ofrecer algo de apoyo a la verdad de la conclusión, pero no el suficiente como para considerarla altamente probable (GUSTASON, 1994: 10-11). Las llamadas lógicas informales, por su parte, evalúan las estructuras de argumentos a partir del cumplimiento por parte de los argumentadores de ciertas reglas pragmáticas que definen el tipo de intercambio argumentativo en el que participan —asimilándolos, en muchos casos, a distintas formas de diálogo (WALTON, 2007)—. Las estructuras demostrativas son aquellas consideras válidas por la lógica deductiva, mientras que las estructuras no demostrativas son, desde esa perspectiva, todas igualmente inválidas, aunque no todas posean el mismo grado de corrección inductiva o informal. El principio de caridad, en el contexto de la actividad probatoria en un proceso penal, obliga al intérprete a optar por aquella reconstrucción de los argumentos que los muestre como los argumentos más sólidos posibles. En caso de hallar un entimema probatorio el intérprete debería introducir como premisas tácitas aquellas que permitan maximizar la solidez del argumento resultante, sin perder de vista que para evaluar esa solidez se deben considerar al mismo tiempo su estructura lógica y la verdad del conjunto de sus premisas.

La solidez no se debe confundir con la validez deductiva. La validez es una propiedad de las estructuras o formas lógicas de los argumentos y se puede determinar con independencia de su contenido. Por eso no resulta contradictorio afirmar que existen argumentos que son válidos (su forma lógica es deductiva, por ejemplo, un *modus ponens*) pero defienden como conclusión una afirmación falsa. Si se utilizan premisas

[41] La teoría jurídica se divide entre aquellos que se afanan en buscar una traducción cuantitativa para dichos estándares y quienes consideran que sólo cabe interpretarlos en términos cualitativos. *Vid.* los trabajos contenidos en ORTEGA GOMERO (2009).

falsas en un argumento válido la conclusión puede ser falsa, una forma lógica correcta sólo garantiza la transmisión de la verdad entre las premisas y la conclusión. Por eso de un argumento con estructura válida y todas sus premisas verdaderas se dice que posee el mayor grado de solidez posible. No hay ejemplos de argumentos más sólidos, pero si con menos solidez. Quienes argumentan en lenguaje natural no se limitan a utilizar argumentos deductivos, sino que se valen de una gran variedad de formas no demostrativas, sabiendo que con ellas sólo pueden dar cierto grado de apoyo a la verdad de la conclusión. Podemos definir las «formas no demostrativas correctas» como todas aquellas estructuras que no son válidas desde el punto de vista de la lógica deductiva pero que, si todas sus premisas son verdaderas, hacen altamente probable la verdad de su conclusión. Un argumento con una forma inválida (por ejemplo, la llamada *falacia de afirmación del consecuente*)[42] puede, no obstante, poseer un grado considerable de solidez si se lo evalúa como una estructura no demostrativa. Es una cuestión contingente y que requiere determinar la verdad de las premisas empleadas, por lo que no se puede llevar a cabo de forma abstracta y general sino sobre cada argumento en particular que se formule con esa estructura. En esos casos la evaluación requiere examinar la corrección de los esquemas de argumentos utilizados y la verdad de las premisas empleadas, pero esas labores ya no se pueden diferenciar de manera tajante como se hacía en el caso de los argumentos deductivos.

Establecido cuál es el grado máximo de solidez que se puede predicar de un argumento, debemos señalar que casos ocupan el umbral inferior en esa escala. En lo más bajo se encuentran aquellos argumentos en los que no hay ninguna relación de contenido entre las premisas y la conclusión: los llamados «argumentos viles»[43]. Como por ejemplo el argumento formado por la premisa «Todos los elefantes observados hasta el momento tienen los cuernos de marfil» y la conclusión «El próximo elefante observado tendrá los cuernos de goma». El argumentador que formula este tipo de argumentos en realidad no ofrece ningún apoyo para la verdad de la conclusión. Un argumento vil, aunque todas sus premisas sean verdaderas, carece totalmente de solidez. Quizás el mejor ejemplo de argumento probatorio vil sea la «Defensa Chewbacca», que emplea el famoso abogado J. COCHRAN para lograr la absolución de una compañía discográfica en un capítulo de la serie *South Park*[44]:

> Damas y caballeros este [apuntando a una imagen grande de Chewbacca —el personaje alto y peludo de *Star Wars*—] es Chewbacca. Chewbacca es un wookiee del planeta Kashyyyk, pero Chewbacca vive en el planeta Endor. Ahora, piensen acerca de eso. ¡Eso no tiene sentido! ¿Por qué un wookiee —un wookiee de dos metros y medio de altura— querría vivir en Endor con un grupo de ewoks de 60 centímetros? ¡Eso no tiene sentido!

---

[42] La estructura lógica es una variante del *modus ponens* en la que, junto a la premisa condicional, se afirma como segunda premisa la verdad del consecuente (en lugar de la verdad del antecedente como se hace en la forma válida) y se defiende como conclusión la verdad del antecedente (en lugar de la del consecuente). Se la llama *falacia* en los textos de lógica deductiva, pero en realidad es una inferencia no demostrativa que puede ofrecer cierto grado de apoyo a la verdad de la conclusión. Quienes la estudian desde esta perspectiva la llaman *inferencia confirmatoria* —por el papel que suelen asumir en las disciplinas científicas—.

[43] Hay quienes los llama «argumentos sin valor» o «argumentos inútiles». *«There are still further invalid arguments that offer* no *evidence for the conclusion and indeed in many cases actually undermine it... Such arguments will simply be classified (and herewith dismissed) as* worthless» (GUSTASON, 1994: 44).

[44] «Chef Aid», episodio 14 de la segunda temporada, emitido el 7 de octubre de 1998 por *Comedy Central*.

> Y lo que es más importante, ¿se han preguntado ustedes qué relación tiene esto con este caso? Nada. Damas y caballeros, ¡no tiene nada que ver con este caso! ¡Eso no tiene sentido!
>
> Mírenme, soy un abogado defendiendo a una gran compañía discográfica, y estoy hablando de Chewbacca. ¿Eso tiene sentido? Damas y caballeros, lo que hago no tiene ningún sentido. ¡Nada de esto tiene sentido!
>
> [...]
>
> Si Chewbacca vive en Endor, ¡deben absolver![45].

La «Defensa Chewbacca» carece totalmente de solidez —aunque en el universo de ficción sirviera para convencer al jurado— lo que permite clasificarla como un argumento vil. Se podría pensar que esta categoría es superflua, porque este tipo de casos se podrían entender como «falacias de relevancia o *ignoratio elenchi*» (de pista falsa o *ad nauseam*, o ambas en este caso). Pero me parece importante mantener la distinción. Las falacias ya no son concebidas como argumentos incorrectos por naturaleza, sino como estructuras de argumentos que pueden ser utilizadas de forma falaz según el contexto en el que se empleen, pero que en ciertas circunstancias pueden ofrecer cierto grado de apoyo a la conclusión[46]. Por ello creo importante distinguir las llamadas «falacias no formales» de los «argumentos viles»: aunque las estructuras de argumentos falaces en ciertas ocasiones puedan ser usadas para formular argumentos viles no todos los argumentos viles tienen necesariamente que ser ejemplos de estructuras falaces. El argumento vil «de los elefantes con cuernos de goma», por ejemplo, posee una estructura similar a la de un argumento inductivo por enumeración (del tipo enumeración simple a caso). La única diferencia es que en el primer caso es la misma estructura de argumento falaz la que puede dar lugar al argumento vil, mientras que en el segundo se requiere una modificación de la estructura del argumento[47].

La primera consecuencia del principio de caridad para justificar la atribución de enunciados que no han sido expresados en un texto argumentativo es que, si no se hiciera, su argumento debería ser considerado un caso claro de argumento vil. La falta de conexión entre las premisas y la conclusión se pone de manifiesto en los llamados «huecos» a los que aludimos en la definición de «entimema», por lo que todo entimema al ser detectado por primera vez posee la estructura de un argumento vil. Esto se puede apreciar en la reconstrucción que hicimos anteriormente de nuestro ejemplo probatorio. En ninguno de los dos argumentos existe suficiente conexión

---

[45] La última línea es una variación de la forma en la que terminó el alegato en el caso de O. J. Simpson. En la vida real dijo al jurado *«If it doesn't fit, you must acquit»,* y en la ficción dice: *«If Chewbacca lives on Endor, you must acquit».* La «Defensa Chewbacca» se ha convertido en un ejemplo célebre. Es analizada en textos sobre prueba judicial y hasta P. KRUGMAN la mencionó en un artículo publicado en el *New York Times* («The Monetary Debate: Enter Chewbacca», edición del 12 de julio de 2013).

[46] Las estructuras de argumentos *ad hominem* (ataque al hombre) y *ad verecundiam* (apelación a la autoridad), por ejemplo, pueden dar lugar a la construcción de argumentos falaces en ciertos contextos, pero en otros (como en un proceso penal cuando se discuten cuestiones probatorias) pueden dar lugar a la formulación argumentos con una considerable fuerza inductiva (*vid.* BONORINO, 2010).

[47] La estructura del argumento de simple enumeración a caso es: «P: Todos los F observados tienen la propiedad G; C: El próximo F observado tendrá la propiedad G». La estructura del argumento vil «de los elefantes con cuernos de goma» es la siguiente: «P: Todos los F observados tienen la propiedad G; C: El próximo F observado tendrá la propiedad *H*». La propiedad que se atribuye en la conclusión pone de relieve la falta de conexión entre el contenido de las premisas y de la conclusión que caracterizan a los argumentos viles y los hace ocupar el lugar más bajo en la escala de solidez.

entre las premisas y la conclusión. Cualquier premisa capaz de rellenar esos huecos que se introdujera alejaría a los argumentos del umbral más bajo en la escala de solidez, dándoles la oportunidad de ser evaluados en una etapa posterior en lugar de ser rechazados *ab initio* por sus defectos. Además, si el intérprete no hiciera ese esfuerzo interpretativo inicial antes de proceder a la evaluación de la argumentación, una vez conocido el carácter entimemático de los argumentos, cometería al hacerlo la falacia del hombre de paja: atribuiría al texto la versión más débil posible de sus argumentos para favorecer su refutación. Parafraseando a QUINE: atribuiría más estupidez al argumentador de la que resultaría razonable esperar en este tipo de intercambios comunicativos. El principio de caridad nos indica que es menos probable que el argumentador haya optado por un tipo de argumento que carece totalmente de solidez que, en realidad, estemos cometiendo un error interpretativo en nuestra reconstrucción inicial[48].

El principio de caridad nos permite elaborar una prueba hipotética para justificar, incluso contra la opinión del propio emisor si pudiera expresarla, la atribución de afirmaciones no contenidas en el texto argumentativo. Si el argumentador que produjo el texto que se está reconstruyendo elevara una queja porque se le han atribuido durante la etapa interpretativa afirmaciones que no ha incorporado deliberadamente en él, el intérprete tendrá a su disposición una justificación que no dependerá de cómo valora la argumentación que ha reconstruido: si no se acepta el carácter entimemático de los argumentos, y con ella la necesidad de introducir ciertas premisas que permitan cubrir sus huecos (*gap filler*), toda la argumentación debería ser rechazada sin necesidad de considerar ningún otro elemento de juicio porque estaría formada por ejemplos paradigmáticos de argumentos viles[49].

Pero de esta manera sólo se podría justificar la necesidad de agregar alguna premisa que cumpla con la función de rellenar el hueco entre premisas y conclusión, no la de cierto enunciado en particular. Teniendo en cuenta que al introducir las premisas que cubran el hueco se está definiendo la estructura del argumento y, al hacerlo, se está asumiendo también la herramienta con la que deberá ser evaluado, es importante contar con ciertas pautas para poder seleccionar (del subconjunto de potenciales rellenadores de huecos para ese argumento) cuál es aquel que debe ser escogido para su introducción como premisa tácita en la reconstrucción. Para dar este paso resulta indispensable el conocimiento de las posibles estructuras (demostrativas o no demostrativas) a las que terminaría asemejándose el argumento en caso de que se escogiera uno u otro de esos potenciales rellenadores de huecos, pero también de las pautas pragmáticas que sirven de guía para la interpretación en los distintos contextos.

---

[48] Sobre el uso del principio de caridad como guía en la reconstrucción de argumentos y en particular para la incorporación de premisas tácitas, *vid.* BORDES SOLANAS (2011: 116 y ss.), GOUGH y TINDALE (1985: 102-103). Una visión crítica que aboga por dar un carácter subsidiario al principio de caridad se puede encontrar en PAGLIERI (2007). También hay posiciones que niegan su aplicación, pues consideran que el principio con el que se deben analizar los entimemas es el «principio de mezquindad o parsimonia», *vid.* PAGLIERI y WOODS (2011b).

[49] La prueba es hipotética porque, en el contexto que estamos analizando y desde el punto de vista que nos ocupa, una vez formulado el texto argumentativo el argumentador ya no tiene la posibilidad de continuar argumentando —ni de opinar sobre la forma en la que ha sido interpretado—. En los procesos judiciales esto ocurre muy a menudo, y en el caso de las sentencias judiciales, siempre, ya que en caso de ser recurridas el juez que las emitió no puede continuar argumentando ante el órgano revisor.

2.4. Pautas pragmáticas para la elección del modelo normativo a aplicar

Teniendo en cuenta las características particulares de los actos argumentativos y de sus productos, además del principio de caridad se deben aplicar otras pautas pragmáticas para guiar al intérprete en la labor de explicitar los componentes tácitos de la argumentación. La primera de ellas parte de reconocer que los argumentadores, en muchos casos, son conscientes de las estructuras lógicas que pretenden emplear y lo ponen de manifiesto en el texto argumentativo. Por ello, si existe alguna referencia en el propio texto a la estructura del argumento que se pretendió construir (deducción, analogía, inferencia a la mejor explicación, etc.) se debe seguir, aunque la opción diera lugar a un argumento menos sólido que si se hubiera optado por otros esquemas de argumento como guía[50]. Esta pauta se puede llamar el *principio de supremacía del texto sobre el contexto en cuestiones formales*.

Si no existen marcas textuales claras que aludan a la estructura de argumento (demostrativa o no demostrativa) que el emisor pretendió utilizar, la primera opción que se debe considerar es la de reconstruir los argumentos contenidos en el texto como deducciones. Una vez incorporadas las premisas tácitas que requiera la estructura deductiva escogida, si ninguna de ellas resulta notoriamente falsa, se puede justificar la reconstrucción realizada por ser el argumento más sólido que se puede atribuir al texto. Este sería el *principio de máxima solidez*.

En caso de contar con dos alternativas para rellenar los huecos de un entimema elevando con ello su solidez por encima del umbral mínimo —o bien para seleccionar entre dos o más estructuras igualmente válidas que puedan servir para ofrecer el argumento con mayor solidez posible—, se debe apelar a un conjunto de pautas que no se pueden ordenar jerárquicamente, sino que deben ser utilizadas conjuntamente y de forma ponderada en cada caso[51]. La primera, el *principio de máxima inteligibilidad resultante*, establece que se debe optar por incorporar aquella premisa que, una vez traducida al lenguaje natural, resulte más inteligible para un hablante ordinario por ser la más cercana a las formas gramaticales y léxicas comúnmente utilizadas en su comunidad. La segunda indica que hay optar por aquella que implique la atribución de la menor cantidad posible de enunciados tácitos al texto. Esta pauta se podría denominar *principio de economía reconstructiva*. La tercera señala que se debe escoger aquella alternativa que permita integrar en la reconstrucción del conjunto total de la argumentación la mayor cantidad de enunciados que componen el texto con una función relevante en ella, esto es como premisas o conclusión de los distintos argumentos principales y secundarios que la componen. Este se podría llamar *principio de máxima absorción*. Cuarta, no se puede introducir como premisa tácita ningún enunciado que contradiga en sentido estricto algunos de los enunciados que se afirman en el texto —o en el conjunto de textos producidos por el argumentador sobre la misma cuestión—, aunque no se hayan integrado en la reconstrucción ni como premisas ni como

[50] Hay que tener ciertas precauciones con algunos términos lógicos, como «deducción» o «silogismo», porque hay argumentadores que no los emplean con su sentido técnico, sino para aludir a «inferencias» o a «argumentos» de forma general respectivamente. Los juristas los usan indistintamente con frecuencia.

[51] La enumeración propuesta no pretende ser exhaustiva. Para un examen comparativo de los distintos criterios ofrecidos para guiar esta tarea de reconstrucción *vid.* BURKE (1985). Para un conjunto de pautas pragmáticas aplicables a cualquier contexto *vid.* BORDES SOLANAS (2011: 115 y ss.).

conclusión. Este es el *principio de coherencia interna*. Por último, en caso de contar con otros textos formulados por el emisor en el mismo contexto argumentativo —aunque en distintos momentos o con diferentes funciones—, se debe optar por aquella reconstrucción que incorpore como premisas tácitas enunciados contenidos en esos textos. Ese se podría denominar *principio de supremacía del contexto lingüístico sobre el contexto situacional*[52].

Una vez aplicadas estas pautas es posible que todavía superen la prueba más de una alternativa para reconstruir los argumentos. En ese caso se debe volver al principio de caridad. Se debe optar por aquella reconstrucción que presente a los argumentos con un grado mayor de solidez: esto es, como un esquema argumentativo no demostrativo capaz de ser satisfecho con la mayor cantidad posible de premisas *prima facie* verdaderas y de ofrecer el mayor grado de apoyo a la verdad de la conclusión[53]. Para muchos esto puede ser un exceso de celo en la aplicación del principio de caridad, ya que podría llevar a considerar que el argumentador ha formulado un argumento que no pretendió utilizar o que ni se imaginó que podría estar formulando (*cfr.* GOUGH y TINDALE, 1985: 102-103). Pero como el objetivo de la reconstrucción es preparar el terreno para la evaluación de la solidez del argumento, escoger entre dos opciones la que resulta *relativamente* más sólida no implica un juicio sobre la solidez *en términos absolutos* que cabe atribuir a la argumentación tal como quede reflejada en la mejor reconstrucción posible. El argumentador que es capaz de refutar una argumentación en esas circunstancias nunca podrá ser acusado de cometer la falacia del hombre de paja.

Retomemos nuestro ejemplo y usemos el modelo interpretativo para reconstruir la argumentación. Dado que el argumentador no ha dicho nada en el propio texto sobre la estructura de sus argumentos, procedemos a reconstruir su argumentación utilizando en primer lugar la lógica deductiva como guía —en aplicación del *principio de máxima solidez*—, y elegiremos la estructura del *Modus Ponens* en lugar de la del *Modus Tollens* por la aplicación del *principio de máxima inteligibilidad resultante*[54]. El resultado sería el siguiente:

LA ARGUMENTACIÓN EN EL CASO COMO DEDUCCIÓN

(*Premisa AS*) En el acta de procedimiento policial de allanamiento dice que «en la casa del imputado fue hallada, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes».

(Premisa tácita AS) Todos los enunciados contenidos en un acta policial de allanamiento se consideran verdaderos.

(*Conclusión AS* - **Premisa AP**) El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes.

---

[52] La distinción entre «contexto lingüístico» y «contexto situacional» la utilizó A. ROSS en el año 1958 al tratar el problema de la interpretación jurídica: «En el lenguaje cotidiano el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado» (ROSS, 1963: 115).

[53] El principio de caridad no implica que el resultado de la reconstrucción sea siempre un argumento cuya solidez resulte incuestionable. En ocasiones el intérprete debe reconstruir argumentos que son débiles. Como ya lo señalara DAVIDSON en respuesta a las críticas de CUTROFELLO: «Pero la caridad no exige que encontremos a una persona siempre en lo correcto (según nuestras pautas) o siempre consistente. Lo que exige es que encontremos suficiente acuerdo para ser capaces de dar sentido a nuestros desacuerdos» (DAVIDSON, 1999: 342). La traducción me pertenece.

[54] La comparación de las reconstrucciones que se podrían realizar usando esas estructuras válidas se llevo a cabo en la sección precedente, *vid. supra* punto 1.1 *in fine*.

(Premisa tácita AP) Todo el que tiene en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes posee los estupefacientes con la intención de comerciar.

(**Conclusión AP**) El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

En esta reconstrucción el resultado es una cadena formada por dos argumentos deductivos. En el primer caso, el esquema deductivo nos permite introducir un elemento del contexto procesal como premisa tácita que es de relevancia para la evaluación de la argumentación y que no constituye una afirmación notoriamente falsa. El argumento resultante posee una estructura válida y todas sus premisas son *prima facie* verdaderas. Pero en el segundo eslabón no ocurre lo mismo. La reconstrucción como una deducción obliga a introducir como premisa tácita un enunciado general que es notoriamente falso[55]. La propia interpretación hace que el argumento resultante no sea sólido. Es en estos casos en los que se hace necesario apelar a otro tipo de teoría argumentativa como guía, y en la que el uso de esquemas argumentativos no demostrativos —como la inferencia a la mejor explicación o la analogía— puede ser de utilidad. Porque antes de aceptar esa reconstrucción se deben explorar otras alternativas interpretativas en las que el argumento resultante posea un grado mayor de solidez.

Uno de los problemas a los que se enfrenta el intérprete para llevar a cabo esta tarea es la determinar la estructura de los esquemas de argumentos no demostrativos que utilizará como presupuesto en su reconstrucción. A diferencia de lo que ocurre en la lógica deductiva, en las teorías normativas que se ocupan de las inferencias no demostrativas una parte importante de las discusiones tienen que ver con la mejor manera de reflejar la estructura de ese tipo de argumentos. Esto exige una tarea previa de explicitación del esquema a emplear por el intérprete —y su defensa en caso de existir controversias sobre su estructura formal—. A los efectos de mostrar como operarían los principios interpretativos del modelo alternativo que propongo en el ejemplo que ha servido de guía a lo largo de toda la exposición, utilizaré como esquema no argumentativo de referencia la llamada «inferencia a la mejor explicación». Esto no debe ser entendido como un intento de elevar este tipo de esquemas a la categoría de argumentos probatorios por defecto —en caso de que la reconstrucción como una deducción sólida fracasase—. En la mayoría de los casos el intérprete contará con más de una opción para utilizar como referencia, y deberá escoger aquella que le permita mostrar los argumentos reconstruidos como más sólidos en términos relativos[56].

Podemos adoptar el siguiente esquema argumentativo no demostrativo como un buen reflejo de lo que se suele denominar «inferencia a la mejor explicación» (IME)[57]:

---

[55] El enunciado incorporado es general porque el uso de «mínimos lógicos» implicaría colapsar la distinción entre argumentos deductivos y no deductivos. *Vid. supra*, sección 1.

[56] En nuestro ejemplo se podría haber utilizado la analogía como guía para la reconstrucción del segundo argumento. No llevo a cabo el ejercicio comparativo porque, como se verá a continuación, sin la información del contexto lingüístico y del contexto situacional en el que se ha formulado el texto argumentativo a interpretar no resulta posible aplicar las pautas pragmáticas para determinar cuál es la mejor reconstrucción posible. Una de las consecuencias de abandonar los enfoques deductivistas es que los ejemplos a utilizar ya no pueden quedar reducidos a unas pocas líneas de texto.

[57] *Vid.* HARMAN (1965) y (1967); BONORINO (2012: 158) y (2014). Tal como he dicho en el texto, hay diversas formas de entender la estructura y naturaleza de la IME, *vid.* IRAZO, 2011. También se discute su utilidad como forma de entender los argumentos probatorios, *vid.* LAUDAN, 2011, SCHUM, 2001. Estas discusiones, aunque muy importantes para poder determinar la viabilidad del uso de este esquema en ciertos contextos. o con

(1) A presenta las siguientes características relevantes H1, H2... Hn.
(2) B o C... o *N* permiten explicar la conjunción de las características relevantes H1, H2... Hn. presentes en A.
(3) B es mejor explicación que C...o *N* para la conjunción de las características relevantes H1, H2... Hn. presentes en A.
(C) B.

Veamos que pasa en el ejemplo si abandonamos la lógica deductiva en el segundo entimema y apelamos a este esquema como guía para la reconstrucción de sus premisas tácitas.

LA ARGUMENTACIÓN EN EL CASO COMO IME

(*Premisa AS*) En el acta de procedimiento policial de allanamiento dice que «en la casa del imputado fue hallada, además de estupefacientes, una balanza de precisión con restos de estupefacientes».

(Premisa tácita AS) Todos los enunciados contenidos en un acta policial de allanamiento se consideran verdaderos.

(*Conclusión AS* - **Premisa AP**) El imputado poseía en su poder, además de estupefacientes [H1], una balanza de precisión con restos de estupefacientes [H2].

(Premisa tácita AP) «El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar» [B] permite explicar que K poseyera, además de estupefacientes [H1], una balanza de precisión con restos de estupefacientes [H2] o ....[C] o ... [N].

(Premisa tácita AP) «El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar» [B] es mejor explicación para las características relevantes de que poseía en su poder, además de estupefacientes [H1], una balanza de precisión con restos de estupefacientes [H2], que las explicaciones [C] o ... [N].

(**Conclusión AP**) El imputado poseía los estupefacientes con la intención de comerciar.

El resultado parece más insatisfactorio aún que el anterior, pero, si tenemos en cuenta que el objetivo es que el esquema de argumento nos guíe en la búsqueda de información relevante para evaluar el argumento que se encuentra implícita en el contexto, nuestra evaluación debería ser distinta. El esquema exige al intérprete en este caso buscar en el contexto las explicaciones alternativas consideradas y rechazadas (que no se han mencionado en el texto de la sentencia), y también cuáles han sido los criterios valorativos con las que fueron comparadas. De esa manera las premisas implícitas se nutrirían de una búsqueda guiada sobre el contexto, evitando la total dispersión. El ejercicio que hemos realizado tiene la apariencia de una labor a medio terminar porque precisamente eso es lo que es. Al adoptar un modelo que no se reduce al análisis lógico y semántico del texto no se pueden seguir utilizando ejemplos simples y desprovistos de contexto, como suele ser habitual en los trabajos sobre argumentación jurídica. Esos ejercicios carecen totalmente de sentido[58]. Para poder desarrollar un ejemplo se debe contar con toda la información relativa al contexto en el que se produjo. En este caso, deberíamos tener acceso a todas las actuaciones del proceso judicial para poder realizar la labor que nos hemos propuesto.

---

ciertas funciones argumentativas, no resultan relevantes para los objetivos de este trabajo en el que se pretende mostrar cómo se debería utilizar *cualquier* esquema no demostrativo en un modelo interpretativo para abordar los entimemas probatorios . Por ello, tanto el ejemplo utilizado como la apelación a una forma particular de entender la IME como guía resultan meramente anecdóticos.

[58] El uso de ese tipo de ejemplos como apoyo es una de las razones que ha llevado a considerar triviales —con razón— a los enfoques lógicos para el análisis de los entimemas, *vid.* VEGA REÑÓN (2004) y (2011).

La reconstrucción también pone en evidencia que las características que se consideraron relevantes fueron definidas por las fuerzas policiales al realizar el allanamiento en la morada del imputado. Reconstruir el argumento de la sentencia como una IME, en lugar de una deducción, nos puede mostrar qué otros elementos presentes en la casa del imputado podrían ser relevantes para apoyar alguna de las explicaciones rivales, y solicitar su incorporación en el proceso si fuera procedente, ya que las fuerzas policiales sólo suelen secuestrar aquellos elementos que consideran relevantes según sus propias hipótesis explicativas. Permite poner de manifiesto que los elementos secuestrados lo fueron por su relación con una hipótesis de relevancia tácita en la que se anclaron los investigadores para llevar a cabo el procedimiento: el dueño de la casa comercializa con estupefacientes. Esto los pudo llevar a buscar elementos que apoyaran esta conjetura y a pasar por alto muchos otros que podrían apoyar otras explicaciones intencionales para su conducta[59].

Esta reconstrucción del entimema probatorio que hemos tomado como ejemplo muestra a la argumentación como relativamente más sólida que aquella que surgía de la aplicación de la lógica deductiva, cumpliendo de esa manera con el principio de caridad interpretativa. Pero al mismo tiempo abre un espacio para la valoración crítica de su solidez en términos absolutos mucho mayor, lo que permitiría aumentar también el control racional sobre toda la argumentación probatoria. Tal como he mencionado, esta no es la única forma de reconstruir esas argumentaciones. Si hubiéramos optado por utilizar un esquema analógico como guía, por ejemplo, el resultado nos hubiera obligado a buscar algunas de las premisas tácitas en un contexto más amplio que el del propio proceso judicial en el que se formuló el texto: el de los casos similares en los que la presencia de una balanza de precisión junto a los estupefacientes coincidió con la intención de comerciar del sujeto que los poseía. Siguiendo esa línea se debería valorar el alcance de esas semejanzas, examinando —entre otros aspectos— si las similitudes entre los casos se estableció a partir de considerar sus propiedades relevantes. Cuál de los dos esquemas daría como resultado una reconstrucción más adecuada aplicando el principio de caridad, y el conjunto de pautas pragmáticas que hemos identificado, es un ejemplo de las discusiones genuinas que deberían preceder a la labor de valoración de las argumentaciones probatorias entimemáticas.

* * *

En este trabajo me propuse encontrar respuestas para dos de los principales interrogantes que genera la presencia de entimemas en la argumentación de los juristas en el marco de un proceso judicial: 1) ¿En qué circunstancias se puede atribuir un enunciado que cumple la función de premisa a un texto que no lo contiene?, y 2) ¿Cómo decidir qué enunciados incorporar como premisas tácitas en la reconstrucción de esos argumentos cuando existe más de una opción? He utilizado las argumentaciones probatorias producidas en el marco de un proceso penal para poner a prueba algunos de los enfoques lógicos más comunes desarrollados para darles respuesta. Después de considerar las ventajas y defectos de los modelos deductistas (ingenuo y sofisticado)

[59] Se podrían establecer algunos criterios de corrección para las IME teniendo en cuenta lo dicho. Por ejemplo, un criterio que invite a evitar el llamado «anclaje» en las primeras impresiones. Esta falencia del razonamiento consiste en fijar las creencias en las primeras observaciones y datos y, sobre todo, en las primeras conjeturas que realizamos para explicarlos (*vid.* BONORINO, 2014a; BUNGE, 2012: 82).

defendí lo que he denominado un modelo interpretativo, caracterizado por retener una concepción de las premisas tácitas como rellenos de huecos (*gap fillers*) —propia de los enfoques lógicos— pero que no necesita comprometerse con ningún tipo de reduccionismo lógico (ni deductivo ni inductivo), y por adoptar el principio de caridad interpretativa (junto a otras pautas pragmáticas) como guía para seleccionar el tipo de teoría normativa de la argumentación desde la que justificar la elección entre las distintas posibilidades para rellenar esos huecos. Para ilustrar el alcance de mi posición mostré como se podría aplicar un esquema argumentativo de inferencia a la mejor explicación en el contexto de una argumentación probatoria, y cómo permitiría aumentar el control racional sobre ella. Son muchas las cuestiones que quedan pendientes, como la utilidad de los criterios propuestos en otros contextos argumentativos, o a otros tipos de argumentos comunes en los procedimientos judiciales (como los que apoyan la interpretación del material normativo o la subsunción del caso particular en los casos genéricos definidos en las normas jurídicas), las que deberán ser abordadas en futuras investigaciones sobre el tema. Pero creo que lo dicho resulta suficiente para mostrar la actualidad, relevancia y utilidad que posee para el jurista la adopción de un «enfoque lógico» sobre los entimemas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M., 1991: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AUSÍN, T., y PEÑA, L., 2011: «Premisa/Conclusión», en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid: Trotta, 479-481.

BLAIR, J. A., y JOHNSON, R. H., 1980: *Informal Logic: The First International Symposium*, Inverness, CA: Edgepress.

BONORINO, P., 2010: «¿Qué es una falacia?», en *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Madrid: Bubok, 9-30.

— 2012: «La abducción como argumento», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVIII, 2012, 143-162.

— 2014: «Ni deducción ni inducción: abducción», en J. A. GARCÍA AMADO y P. R. BONORINO (eds.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada: Comares, 163-188.

BORDES SOLANAS, M., 2011: *Las trampas de Circe: Falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid: Cátedra.

BRAET, A. C., 1999: «The Enthymeme in Aristotle's Rhetoric: From Argumentation Theory to Logic», *Informal Logic*, 19 (2&3), 101-117.

BUNGE, M., 2012: *Filosofía para médicos*, Barcelona: Gedisa.

BURKE, M., 1985: «Unstated Premises», *Informal Logic*, VII (2&3), 107-118.

BUSTOS GUADAÑO, E. de, 1999: «Metáfora», en M. DASCAL (ed.), *Filosofía del lenguaje II. Pragmática*, Madrid: Trotta, 93-114.

BURNYEAT, M. F., 1996: «Enthymeme: Aristotle on the Rationality of Rhetoric», en A. OKSENBERG RORTY, *Essays on Aristotle's Rhetoric*, Berkeley: University of California Press, 88-113.

DAVIDSON, D., 1985: «On the Very Idea of a Conceptual Scheme», en J. RAJCHMAN y C. WEST (eds.), *Post-analiytic Philosophy*, New York: Columbia University Press, 129-144. Edición original 1974.

— 1999: «Reply to Andrew Cutrofello», en L. E. HAHN (ed.), *The Philosophy of Donald Davidson*, Illinois: Open Court, 242-344.

DEAÑO, A., 1989: *Introducción a la lógica formal*, 2.ª ed., Madrid: Alianza.

DYCK, E., 2002: «Topos and Enthymeme», *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric*, 20 (2), 105-117.

EEMEREN, F. H. VAN, 2004: *A systematic theory of argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge: Cambridge University Press.

EEMEREN, F. H. VAN, y GROOTENDORST, R., 1992: *Argumentation, Communication, and Fallacies: A Pragma-Dialectical Approach*, Hillsdale: Lawrence Erlbaum.

ENNIS, R. H., 1982: «Identifying implicit assumptions», *Synthese*, 51, 61-68.

FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.

GARSSEN, B., 2001: «Argument Schemes», en F. H. VAN EEMEREN (ed.), *Crucial concepts in argumentation theory*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 81-99.

GERRITSEN, S., 1999: «The History of the Enthymeme», en F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, J. A. BLAIR y C. A. WILLARD (eds.), *Proceedings of the Fourth International Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam: Sic Sat, 225-240.

— 2001: «Unexpressed Premises», en F. H. VAN EEMEREN (ed.), *Crucial concepts in argumentation theory*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 51-80.

GOUGH, J., y TINDALE, Ch., 1985: «"Hidden" or "Missing" Premises», *Informal Logic*, VII (2&3), 99-106.

GOVIER, T., 1987: *Problems in Argument Analysis and Evaluation*, Dordrecht: Foris.

GROARKE, L., 1999: «Deductivism within Pragma-Dialectics», *Argumentation*, 13, 1-16.

GUSTASON, W., 1994: *Reasoning from Evidence. Inductive Logic*, New York: Macmillan.

HARMAN, G., 1965: «The inference to the best explanation», *Philosophical Review*, 74, 88-95.

— 1967: «Detachment, Probability, and Maximum Likelihood», *Noûs*, 1 (4), 401-411.

HERNÁNDEZ BORGES, M.ª del R., 2005: «El principio de caridad y los valores. Hacia un relativismo más allá de la interpretación», *Revista Laguna*, 17, 79-97.

HITCHCOCK, D., 1980: «Deductive and inductive: Types of Validity, not of Argument», *Informal Logic Newsletter*, vol. 2, núm. 3, 9-10.

— 1987: «Enthymematic arguments», en F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, J. A. BLAIR y C. A. WILLARD (eds.), *Argumentation: Across the lines of discipline*, Dordrecht-Providence: Floris Publications, 289-305.

— 1998: «Does the traditional treatment of enthymemes rest on a mistake?», *Argumentation*, 12, 12-37.

IRANZO, V., 2011: «Inferencia a la mejor explicación», en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid: Trotta, 101-104.

JACKMAN, H., 2003: «Charity, Self Interpretation, and Belief», *Journal of Philosophical Research*, 28, 143-170.

JACOBS, S., 1999: «Argumentation as Normative Pragmatics», en F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, J. A. BLAIR y C. A. WILLARD (eds.), *Proceedings of the Fourth International Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam: Sic Sat, 397-403.

LAUDAN, L., 2011: «Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal», en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 87-115.

LEPORE, E., y LUDWIG, K., 2005: *Donald Davidson. Meaning, Truth, Language, and Reality*, Oxford: Clarendon Press.

MCGINN, C., 1977: «Charity, Interpretation, and Belief», *The Journal of Philosophy*, 74 (9), 521-535.

ORTEGA GOMERO, S. (ed.), 2009: *Proceso, prueba y estándar*, Lima: Ara Editores.

PAGLIERI, F., 2007: «No more charity, please! Enthymematic parsimony and the pitfall of benevolence», en H. V. HANSEN *et al.* (eds.), *Dissensus and the Search for Common Ground*, Windsor, ON: OSSA, CD-ROM, 1-26.

PAGLIERI, F., y WOODS, J., 2011a: «Enthymemes: From Reconstruction to Understanding», *Argumentation*, 25, 127-139.

— 2011b: «Enthymematic Parsimony», *Synthese*, 178, 3, 461-501.

PARSONS, T., 1996: «What is an argument?», *The Journal of Philosophy,* 93, 164-185.

PIAZZA, F., 1995: «The Enthymeme as Rhetorical Argumentation: An Aristotelian Perspective», en F. H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, J. A. BLAIR y C. A. WILLARD (eds.), *Analysis and Evaluation: Proceedings of the Third International Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam: Sic Sat, 146-150.

QUINE, W. V. O., 2001: *Palabra y objeto*, Barcelona: Herder. Edición original de 1960.

ROSS, A., 1963: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba.

SÁNCHEZ DURÁ, N., y SANFÉLIX VIDARTE, V., 1999: «Interpretación: radical y cultural», en M. DASCAL (ed.), *Filosofía del lenguaje II. Pragmática*, Madrid: Trotta, 167-190.

SCHUM, D. A., 2001: «Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law», *Cardozo Law Review*, 22, 1645-1681.

THOMSON, A., 1996: *Critical Reasoning: A Practical Introduction*, London-New York: Routledge.

VEGA REÑÓN, L., 2004: «Entimemas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 283-315.

— 2011: «Entimema», en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid: Trotta, 221-228.

VEGA REÑÓN, L., y OLMO GÓMEZ, P. (eds.), 2011: *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid: Trotta.

WALTON, D., 1990: «What is reasoning? What is an argument?», *The Journal of Philosophy*, 87 (8), 399-419.

— 1996: *Argument Structure: A Pragmatic Theory*, Torongo-Buffalo-London: University of Toronto Press.

— 2001: «Enthymemes, Common Knowledge, and Plausible Inference», *Philosophy and Rhetoric*, 34 (2), 93-112.

— 2007: *Dialog Theory for Critical Argumentation*. Amsterdam-Philadelphia: Jon Benjamins Publishing Company.

— 2008: «The Three Bases for the Enthymeme: A dialogical Theory», *Journal of Applied Logic*, 6 (3), 361-379.

WALTON, D., y MACAGNO, F., 2009: «Enthymemes, Argumentation Schemes and Topics», *Logique & Analyse*, 205, 39-56.

WALTON, D., y REED, Ch., 2005: «Argumentation Schemes and Enthymemes», *Synthese*, 145 (3), 339-370.

WALTON, D.; REED, Ch., y MACAGNO, F., 2008: *Argumentation Schemes*, Cambridge: Cambridge University Press.

WILSON, N. L., 1959: «Substances without Substrata», *The Review of Metaphysics*, 12 (4): 521-539.

WOODS, J., 1990: «Missing Premises in Pragma-Dialectics», *Logique et Analyse*, 129-130, 155-168.

PRUEBA DIRECTA *VS.* PRUEBA INDIRECTA (UN CONFLICTO INEXISTENTE) *

Carlos de Miranda Vázquez**
Universidad Internacional de Cataluña (UIC)

RESUMEN. El presente estudio aborda la controvertida cuestión de las relaciones entre prueba directa e indirecta. Más concretamente, se adentra en el análisis de la tradicional superioridad de la prueba directa y en el examen de los fundamentos de la doctrina de la «hipovaluación» de la prueba indirecta.
En una primera parte, el trabajo se centra en la revisión crítica de la aludida doctrina. Seguidamente, se introduce la doctrina de la «equiparación» entre prueba directa y prueba indirecta. El estudio concluye con una toma de postura en relación con los dos cuerpos de doctrina presentados.

Palabras clave: Juicio de hecho, prueba, métodos de prueba, prueba directa, prueba indirecta, prueba indiciaria, presunciones de hombre, «hipovaluación» de la prueba indirecta, *«praesumptiopraesumptionis non admittitur».*

Direct Evidence *vs.* Circumstantial Evidence (An Unreal Conflict)

ABSTRACT. This study broaches the controversial question about the relationships between direct and circumstantial evidence. Specifically, it goes into the analysis of the traditional superiority of the direct evidence and it examines the foundations of the hipovaluation of the circumstantial evidence's doctrine.
In the first part, the study focuses on the critical review of the before mentioned doctrine. Next, it introduces the «equality» between direct and circumstantial evidence's doctrine. The study finishes taking the author a stand in relation to the two described bodies of doctrine.

Keywords: Factual judgment, evidence, methods of proof, direct evidence, circumstantial evidence, presumptions, «underestimation» of the circumstantial evidence, *«praesumptiopraesumptionis non admittitur».*

---

* Fecha de recepción: 21 de mayo de 2014. Fecha de aceptación: 30 de junio de 2014.
La idea original de este trabajo vio la luz con ocasión de impartir una sesión, el 15 de mayo de 2013, en el Seminario de Investigación en Derecho Procesal de Baker &McKenzie (Barcelona) —dirigido por el Prof. PICÓ I JUNOY—, bajo el título «Prueba directa *vs.* prueba indirecta en el proceso penal: un conflicto inexistente».
** Quiero agradecer expresamente las atinadas observaciones de los profesores doctores TARUFFO, PICÓ I JUNOY, MUÑOZ SABATÉ y ANDINO LÓPEZ, que, sin duda alguna, han contribuido significativamente a mejorar la versión inicial de este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde antiguo, las pruebas directa e indirecta rivalizan por alzarse con la primogenitura del reino de los métodos probatorios[1]. Y también desde antaño, la prueba directa ha salido mejor parada del enfrentamiento que la indirecta, a la que tradicionalmente se ha mirado con recelo, relegándola sin rubor a un mero papel de suplente de la primera[2].

Hasta no hace mucho —y a juzgar por la jurisprudencia mayor y menor—, la situación descrita permanecía invariada[3].

Por lo general, es tal la desconfianza que suscita la prueba indirecta —léase, indiciaria— que, entre otras cosas, no se la permite entrar en escena si se dispone de prueba directa, o no se la admite como elemento probatorio de los propios indicios[4]. Y por si todo esto fuera poco, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo, la han sometido a un asfixiante régimen de requisitos y exigencias que no se contemplan con igual —ni con parecido— rigor para la prueba directa[5]. En definitiva, continúa confinada en un segundo plano, claramente por debajo de la prueba directa[6]. Hasta tal punto ha sido delicada la situación de la prueba indiciaria en nuestro sistema jurídico procesal que su pervivencia, en el ámbito penal, por ejemplo, sólo se explica por una razón de estricta necesidad: sin este método probatorio muchos delitos quedarían impunes[7]. Si la prueba directa pudiera llegar hasta esos recovecos —que hoy le resultan inexpugnables—, téngase por seguro que la prueba indiciaria formaría parte de la colección de reliquias de nuestra cultura jurídica.

Aunque no existe un *corpus* de doctrina, bien definido y sistematizado, a nadie se le oculta que la *opinio iuris* a la que me vengo refiriendo existe y no precisamente como un divertimento intelectual de salón, sino como una realidad palpable en nuestra praxis forense y en ciertos sectores de la doctrina jurídica. De ahí que se haya acuñado

---

[1] Sobre el particular, y por extenso, *vid.* ROSONI, 1995.

[2] *Cfr.* IGARTUA, 2009a: 482.

[3] *Cfr.* MIRANDA, 1997: 218-221. Desde la perspectiva jurisprudencial, he decidido fijar la atención sobre la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, núm. 4/2012, de 8 de marzo de 2012, núm. rec. 2/2012 (La Ley 27743/2012). Y ello por dos razones. Primera, porque es reciente. Y, segunda, porque recoge fielmente la doctrina emanada tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, de los últimos veinticinco años.

[4] Reservamos el aparato crítico para un momento posterior de la exposición, donde se abordará en profundidad el conjunto de consecuencias que ha comportado la aludida actitud recelosa hacia la prueba indirecta.

[5] Me remito a la magistral exposición del fenómeno de M. GASCÓN, 2010a: 98.

[6] De la sentencia antes citada, me permito extractar lo siguiente de su Fundamento Jurídico 2.º, porque entiendo que resume bien a las claras lo que se ha afirmado en el texto principal. Comienza diciendo que «[...] como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta [...]». En cuanto a la exigencia de motivación, asevera que es «[...] especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando [de] pruebas indiciarias se trata».

[7] Por todos, *cfr.* JIMÉNEZ, 1949: 430. Asimismo, la sentencia, de constante cita, lo dice abiertamente en su Fundamento Jurídico 2.º De hecho comienza su discurso sobre la aptitud de la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia fundándola en «[...] la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia [...]».

para esta concepción, a mi modo de ver acertadamente, la denominación de doctrina de la «hipovaluación» de la prueba indiciaria[8].

La doctrina de la hipovaluación de la prueba indiciaria (en lo sucesivo, más sencillamente DHPI) es algo más —como ya se ha apuntado— que un ejercicio de especulación teórica[9]. Tiene muchas y muy graves consecuencias en el ámbito del juicio de hecho. Algunas de ellas revisten relevancia constitucional, toda vez que las principales extensiones de esta doctrina comportan groseras vulneraciones de las garantías constitucionales del proceso, lo que no es cosa de tomarse a la ligera.

No se puede decir que la DHPI no haya encontrado rival alguno y que sea saludada con agrado de forma unánime por la doctrina procesal. Al contrario. Cobra fuerza por momentos una postura teórica que aboga por la completa equiparación entre la prueba directa e indirecta, a todos los efectos[10]. Bien es verdad que este movimiento de resistencia a la imperante DHPI no ha encontrado aún una respuesta clara, decidida y mayoritaria, en el ámbito jurisdiccional, pero quizás sea cosa de tiempo y de que arraigue la semilla sembrada[11]. En cualquier caso, esta postura conceptual tampoco conforma un cuerpo de doctrina sistemático y bien cerrado, pero, a los efectos de este trabajo, no veo impedimento para asignarle el título de doctrina de la equiparación de las pruebas directa e indirecta (en adelante, más sencillamente, DEPPDI).

A mi modo de ver, la pugna entre ambos métodos de prueba debe darse por finiquitada. Y ello por varias razones que, en este momento, me limito a apuntar. La primera y principal es que, como se justificará seguidamente, no existe realmente un conflicto, ni hay lugar para pretendidas rivalidades. Muy al contrario, se da un fenómeno de interdependencia entre ambos métodos, que debería bastar para borrar cualquier pretendido enfrentamiento. La segunda razón estriba en que las sombras que se han cernido secularmente sobre la prueba indiciaria se disipan a poco que se arroje luz sobre este vehículo probatorio. La tercera y última razón —entre otras más que podrían citarse—, de orden estrictamente pragmático, radica en la conveniencia de sumar —frente al desatino de restar— instrumentos de los que pueda valerse el justiciable para probar, si éstos se demuestran válidos desde un punto de vista epistemológico. Cuantos más sean los caminos que conducen a la probanza de los hechos —repito, si dichos caminos son aceptables—, más efectivo será el derecho a la prueba de los justiciables y más garantista acabará resultando nuestro proceso.

El propósito de este trabajo es modesto. No se aspira, desde luego, a agotar la cuestión y a clausurar el debate. Vaya eso por delante. Lo que se pretende más exacta-

---

[8] El primero en emplear la expresión fue MUÑOZ, 1967: 92-100. También se refiere a este fenómeno, empleando el término aludido, SERRA, 1969: 701. Posteriormente, MUÑOZ se ha erigido como la principal voz crítica, tal y como se aprecia en su obra *Fundamentos de Prueba Judicial Civil: LEC 1/2000*, 2001: 403.

[9] *Cfr.* MUÑOZ, 2001: 403.

[10] Entre los autores que se alinean con esta doctrina, se cuentan, entre otros, MUÑOZ, SERRA —ambos en citas inmediatamente anteriores—, J. J. GONZÁLEZ, 1975: 390-391; SANGUINETTI, 1979: 98; DÍAZ-REGAÑÓN, 1996: 39; MIRANDA, 1997: 225, y el mismo autor en 2000: 498; GIMÉNEZ, 2006: 83; y SEOANE, 2007: 352-353.

[11] En esta línea, *cfr.* SSTS (Sala de lo Penal), núm. 33/2005, de 19 de enero, FJ 2.º (RJ 2005/944); núm. 192/2006, de 1 de febrero, FJ 5.º (RJ 2006/1042), núm. 1175/2011, de 10 de noviembre, FJ 3.º (RJ 2012/594). Conviene advertir que la ponencia de las tres resoluciones citadas corrió a cargo del magistrado GIMÉNEZ GARCÍA, quien, como ya hemos anotado oportunamente, se ha manifestado, por escrito y de forma indubitada, a favor de la doctrina de la equiparación.

mente es, en primer lugar, exponer los principales trazos de la DHPI y someterla a un detenido análisis crítico. Seguidamente, se presentarán los aspectos más sobresalientes de la DEPPDI, concluyendo esta primera parte del trabajo con una toma de postura.

2. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES PREVIAS

2.1. A modo de introducción

Son tres las precisiones que interesa efectuar con carácter previo. Una de ellas atiende a las expresiones «prueba directa-prueba indirecta». Se convendrá con nosotros en que de este binomio cabe efectuar —y de hecho se han efectuado— varias y muy diversas lecturas. Por ello se estima apropiado dejar sentado desde un principio cuál es el sentido que se atribuirá a esos términos en el desarrollo del presente trabajo.

La segunda precisión tiene por objeto revisar —muy someramente— cuál es el mecanismo lógico que encierra el funcionamiento de las pruebas directa e indirecta. La correcta intelección de este aspecto propiciará, a buen seguro, una lectura del texto mucho más provechosa.

Por último —y en tercer lugar—, resulta obligado reseñar la larga lista de expresiones sinónimas que, a lo largo del tiempo, se han atribuido al término «prueba indirecta».

2.2. Sobre el binomio «prueba directa-prueba indirecta»

Una primera lectura [12] que se puede hacer de ambos términos —tan válida como las que se expondrán seguidamente, dicho sea de paso— es la que resulta de prestar atención a la relación que se establece entre el juzgador y la realidad que está detrás del *factumprobandum*. Así, se considera prueba directa a aquella en la que el juzgador entra en contacto personal y directo con dicha realidad de contraste. Mientras que en el caso de la prueba indirecta no se produce tal contacto personal y directo, sino que alguien —una persona— o una cosa —un instrumento o un hecho— se interponen entre el juzgador y el *factumprobandum*. En los términos planteados, sólo constituye auténtica prueba directa el reconocimiento judicial. Y, más exactamente, en el proceso penal, se trataría de la inspección ocular del hecho delictivo por parte del órgano enjuiciador, lo cual es de todo punto infrecuente. En cambio, recibirán el calificativo de indirectos el resto de métodos de prueba (personal, documental, audiovisual, e indiciario). Debe apostillarse, ya desde este momento, que no es éste el sentido que se conferirá al binomio «prueba directa-prueba indirecta» en este trabajo.

---

[12] El principal valedor de este enfoque es CARNELUTTI, tal y como explica con gran detalle LOMBARDO, 1999: 319. Para el maestro italiano, toda la prueba se reduce a «percepción y deducción». En este mismo sentido, entre otros, *cfr.* PAGANO, 2002: 97-98; D. GONZÁLEZ, 2003: 41; GIMÉNEZ, 2006: 77; M. GASCÓN, 2010a: 79.

Una segunda lectura[13] distingue según la prueba tenga por objeto un hecho que forme parte del supuesto fáctico de la norma jurídica implicada o, por el contrario, un hecho de los denominados secundarios. En el primer caso, se nos dirá que se trata de prueba directa. En el segundo, se reputará prueba indirecta. Este planteamiento comporta que un método de prueba —a excepción, como enseguida se verá, de la prueba indiciaria— pueda jugar un papel de prueba directa en unas ocasiones y de prueba indirecta en otras[14].

> Tomemos por caso la prueba testifical. Un mismo testigo —Sempronio—, puede reputarse en unos supuestos prueba directa y, en otros, prueba indirecta. Veámoslo con un sencillo ejemplo. Si Sempronio presencia cómo Cayo apuñala a Ticio, hasta que éste cae muerto a sus pies, se calificará el testimonio de Sempronio como prueba directa. El elemento clave del supuesto de hecho del delito de homicidio es, precisamente, dar muerte a alguien. Y eso es exactamente lo que presenció Sempronio. En cambio, si lo que vio nuestro testigo fue que Cayo salía de la vivienda de Ticio, por una ventana, con un cuchillo en la mano, y las ropas ensangrentadas, su testimonio recibirá la consideración de indirecto. Todo lo que nos refiere Sempronio, en este último caso, son hechos secundarios que, a su tiempo, podrían permitir construir una inferencia presuntiva hasta alcanzar finalmente la conclusión de que Cayo mató a Ticio[15].

No obstante constituir este planteamiento un legítimo enfoque de la cuestión, ya anticipo que tampoco será ésta la perspectiva de la dicotomía «prueba directa-prueba indirecta» que se asuma en este estudio.

Una tercera manera de ver el binomio objeto de estudio[16] pasa por distinguir la relación que guardan la información que recibe el juzgador sobre la realidad con ésta última. Me explico mejor. En el caso de la prueba directa, se dirá que esta última «representa» la realidad. Ya sea una fotografía, una proyección audiovisual o la narración de un testigo, en todos estos casos se traslada al juzgador una proyección, más o menos homogénea, de la realidad. En cambio, en la prueba indirecta la información que se proporciona al órgano jurisdiccional no guarda el menor parecido con la realidad, y, sin embargo, permite establecer un vínculo racional asociativo. A ambas clases de prueba se las ha denominado, respectivamente, representativa y crítica[17].

> Volvamos a echar mano del ejemplo anterior. Cuando Sempronio relata cómo presenció el apuñalamiento de Ticio o la extraña conducta de Cayo (saliendo por la ventana, cuchillo en mano, y ensangrentado), su narración representa la —pretendida— realidad, en la medida en que la describe. El discurso es una imagen de lo sucedido. En cambio, y con respecto al *factumprobandum* «Cayo apuñaló a Ticio», los hechos narrados por Sempronio relativos a la forma en que Cayo salió de la vivienda de Ticio, a que portara un cuchillo en

---

[13] En este sentido, confróntense FRAMARINO, 1896: 185-186; IACOVIELLO, 1997: 158; LOMBARDO, 1999: 316; IGARTUA, 2009b: 643.

[14] *Cfr.* IACOVIELLO, 1997: 158 y M. GASCÓN, 2010a: 81.

[15] No se nos escapa que esta forma de enfocar la dicotomía «prueba directa-prueba indirecta» presenta algunos flancos débiles. Baste fijarse en uno. Aunque Sempronio presenciase la escena del apuñalamiento, resulta arriesgado inferir de sus palabras que Cayo causara la muerte de Ticio. Lo que no admite dudas del testimonio es que el acusado apuñaló varias veces a su víctima. Lo que puede ser discutible, por el contrario, es que Cayo falleciera a causa de esas lesiones, porque, quizás, acabara con su vida un infarto que sufriera al inicio mismo del acometimiento. Esta observación es deudora del pensamiento de BURRILL, 1868: 210-211; FRAMARINO, 1896: 185; y ELLERO, 1994: 91.

[16] *Cfr.* TONINI, 2003: 187-188; SANTORIELLO, 2008: 340; TARUFFO, 2008: 60; S. E. RODRÍGUEZ, 2013: 303.

[17] Para un análisis extenso y detallado del pensamiento carneluttiano, *vid.* LOMBARDO, 1999: 322.

la mano y a que estuviese su ropa ensangrentada, no guardan, por supuesto, identidad, pero tampoco semejanza. Lo uno no es imagen de lo otro. Sin embargo, es posible transitar racionalmente de estos hechos hasta alcanzar la conclusión «Cayo apuñaló a Ticio».

La perspectiva expuesta es justamente la que se adoptará en este trabajo y será este entendimiento de las pruebas directa e indirecta el que se manejará en todo momento. No es ni mejor, ni peor, que los anteriores. Sencillamente, se trata de otro enfoque, más sencillo, a mi entender, porque permite prescindir de la calificación del enunciado a probar como principal o como secundario (este enfoque es válido para cualquier *factumprobandum*). A la par, considero que se ajusta más a la concepción que tienen en general los operadores forenses cuando se les menciona la dicotomía que nos ocupa.

2.3. Sucinta alusión al concepto de «prueba» y a los principales métodos probatorios

Es lugar común que su necesidad —la de recurrir a la prueba— resulta de la existencia de una proposición fáctica controvertida. Y lo que precisa el juzgador en esa situación es contar con razones que justifiquen poder asumir —hacer suya— esa proposición[18]. Esas razones no son otra cosa que información sobre la realidad, que se le provee por las fuentes de prueba a través de los medios probatorios[19].

Esa información la puede obtener el juzgador a partir de la contemplación, directa y personal, de la realidad que, a *priori*, se corresponde con la proposición fáctica disputada. Este método permite al juzgador extraer por sí mismo un enunciado descriptivo de la realidad. Posteriormente, bastará con que enfrente ambas proposiciones fácticas —la controvertida y la empírica— y concluya si cabe establecer identidad —sustancial— entre ambas[20]. En caso afirmativo, el *factumprobandum* se reputará probado.

Por otra parte, la información puede provenir de personas o de instrumentos en los que —se dice— se ha «estampado» el reflejo de la realidad[21]. Como hemos señalado antes, estas fuentes —«recipientes»— de información, «representan» —supuestamente— la realidad[22]. También aquí el juzgador procederá a enfrentar ambos enunciados —la afirmación discutida y la afirmación o la reproducción instrumental— y determinará si existe, o no, identidad —insisto, sustancial[23]. De haberla, el *factumprobandum* se tendrá por probado.

Por último, la información —que podrá provenir, desde luego, de cualquiera de las dos anteriores vías—, puede resultar ajena por completo a la proposición fáctica con-

---

[18] Para un estudio extenso y detallado de la cuestión, *vid.* FERRER, 2006: 1-45.

[19] En un sentido similar, SANTORIELLO, 2008: 39.

[20] En cuanto a la coincidencia lógico-semántica de las dos proposiciones fácticas enfrentadas, *cfr.* BELLOCH, 1992: 43; LOMBARDO, 1999: 430; FERRUA, 2007: 71 —quien habla de correspondencia entre entidades lingüísticas—; SANTORIELLO, 2008: 348. Sobre el carácter tautológico del razonamiento identificativo, *cfr.* LOMBARDO, 1999: 467 y 475-476 —quien alude a una inferencia formal sustentada sobre el principio lógico de identidad—, e IGARTUA, 2009b: 644-645 —que predica una relación de identidad existente, en el plano lógico-semántico, entre las dos proposiciones, *factumprobandum y factumprobans*—.

[21] Expresión original de MUÑOZ, 2007: 54-55.

[22] Claramente, UBERTIS, 1995: 41.

[23] *Cfr.* CLIMENT, 2005: 861.

trovertida[24]. Sin embargo, da pie a que el juzgador establezca una asociación de datos sobre la base de una asociación general de ideas, a modo de ley, regla o patrón, que se conoce técnicamente como máxima de experiencia. Si es dable establecer esa relación lógica, podrá considerarse probado el aserto factual discutido[25].

Los dos primeros métodos probatorios —perceptivo y representativo— los he dado en englobar dentro del término «prueba directa». El tercero de ellos —crítico o lógico—, y que se le conoce bajo un buen número de apelativos (presunciones, prueba indiciaria, prueba circunstancial, etc.), lo he situado, en solitario, bajo el paraguas del concepto «prueba indirecta».

2.4. La diversa nomenclatura para aludir a la prueba indirecta

Son muchísimos los apelativos que ha recibido a lo largo del tiempo (presunciones, prueba de presunciones, presunciones de hecho, presunciones de hombre, prueba indiciaria, prueba de indicios, prueba por indicios, prueba circunstancial, prueba conjetural, prueba crítica, prueba lógica, prueba de inducción, prueba de deducción, inferencias indiciarias, prueba artificial, cálculo presuncional...)[26], pero todos significan lo mismo, o mejor, refieren lo mismo: prueba indirecta.

De todas cuantas acepciones se han consignado, sólo dos merecen ahora nuestra atención. Tradicionalmente, se ha empleado la expresión presunción (o presunción judicial) en el ámbito del derecho privado, mientras que en la praxis penal se alude mayoritariamente a la prueba indiciaria. Pues bien, conviene subrayar que se trata de términos sinónimos, sin que la diferencia nominal provenga de distinción conceptual alguna [por todas, STS de 15 de octubre de 1990, FJ 2.º (La Ley 513/1991)][27]. Por tanto, y en lo sucesivo, se utilizarán ambas expresiones de forma indistinta y, siempre, como expresiones sustancialmente equivalentes a prueba indirecta.

3. ANÁLISIS DE LAS DOCTRINAS EN LIZA. TOMA DE POSTURA

3.1. Exposición de la DHPI

El *leitmotiv* de esta doctrina puede enunciarse de manera sencilla: la prueba directa es (netamente) superior a la prueba indirecta[28]. Tal superioridad se predica en relación con su fuerza de convicción[29]. Y la mayor valencia probatoria de la prueba directa obedece a la superior confianza que inspira, frente a la prueba indirecta de la que se debe recelar[30].

---

[24] Por todos, *cfr.* LOMBARDO, 1999: 488.
[25] Sobre el razonamiento presuntivo, por extenso, DE MIRANDA, 2014.
[26] Lista tomada de LEGUISAMÓN, 2006: 42-43.
[27] *Cfr.* MARTÍNEZ, 1993: 55.
[28] *Cfr.* FRAMARINO, 1896: 193.
[29] *Cfr.* TOMÁS Y VALIENTE, 1987: 31, y M. GASCÓN, 2010a: 98-99.
[30] *Cfr.* MIRANDA, 1997: 218-221, y del mismo autor 2000: 498.

La razón fundamental que sustenta dicha discriminación estriba en la consideración de que la prueba directa se presenta de modo inmediato a la razón, sin que medie reflexión alguna[31]. Y he aquí el *quid* de la cuestión. Si no median inferencias, queda conjurado de plano el riesgo de incurrir en errores lógicos. Por el contrario, la prueba indirecta es estrictamente racional —de ahí el apelativo «crítica»— y, por ende, abocada a un inevitable riesgo de yerro[32].

De ahí que se afirme que la prueba directa es más simple —más sencilla— desde una perspectiva intelectiva o lógica [STC, Sala 1.ª, núm. 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 3.º (La Ley 520-TC/1986)][33]. También se entiende que se aduzca que, a la par, es menos peligrosa, por cuanto entraña menor riesgo de error[34]. La prueba directa va derecha al hecho y resulta inmediatamente de los medios de prueba. En cambio, la prueba indirecta da un rodeo lógico que obliga a concatenar inferencias, alimentándose con ello un perturbador espacio para el equívoco [SSTC, Sala 2.ª, núm. 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 1.º (La Ley 83787-NS/0000) y Sala 2.ª, núm. 256/1988, de 21 de diciembre, FJ 2.º (La Ley 2655/1988)].

Asimismo, se ha formulado otra razón para la subsidiariedad. Como ha defendido PASTOR ALCOY, «[...] puede ser más fácil para la defensa combatir un falso testigo que falsos indicios»[35].

Por último, se ha sostenido que el empleo de la prueba indiciaria en el ámbito penal —por parte de la acusación— (cuando los indicios sean remotos o débiles) comporta una suerte de inversión de la carga de la prueba, ya que el «[...] acusado [...] se vería compelido de esta forma a demostrar que la presunción o inferencia más común, sin embargo, no es la real. [...]. Lo grave de esta situación es que dadas las circunstancias en que han ocurrido los hechos enjuiciados —ausencia de testigos— la prueba de descargo para contrarrestar los indicios resulta ser, en muchos casos, imposible»[36].

Esta superioridad comporta, entre otras cosas, que, si se cuenta con prueba directa, debe desecharse automáticamente cualquier prueba indirecta y los razonamientos probatorios que de ésta puedan derivarse[37].

Asimismo, únicamente se podrá echar mano de prueba indirecta cuando no haya sido posible practicar ninguna prueba directa o ésta no haya dado un resultado satisfactorio[38].

---

[31] ONECHA, 1971: 953, afirma que «[...] la prueba incorpora los medios de conocimiento que inmediatamente van a permitir formar juicio [...]». Asimismo, JIMÉNEZ, 1949: 417. Para una descripción detallada de esta pretendida exención de razonamiento en la prueba directa, M. GASCÓN, 2010a: 98.

[32] *Cfr.* BRICHETTI, 1973: 127-130.

[33] PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 1982: 252, subrayan el «[...] esfuerzo lógico-jurídico intelectual necesario [...]» al acometer la prueba indirecta.

[34] *Ibid.,* 1982: 253, llegan a calificar la prueba indirecta como muy peligrosa.

[35] PASTOR, 2003: 168.

[36] *Ibid.,* 167.

[37] *Cfr.* LEONE, 1963: 167, y CABAÑAS, 1992: 287, quien, incluso, afirma que «[...] existiendo en autos un medio probatorio de ésta última especie (que suministre un dato fáctico fiable en una cierta dirección), el mismo no puede ser rebatido (a fin de cuentas, canjeado) por el resultado de prueba que se obtenga de presunción». En parecido sentido, A. DÍAZ, 2002: 372.

[38] *Cfr.* GARBERÍ, 2004: 521, y CLIMENT, 2005: 870.

La desconfianza hacia la prueba indirecta es de tal magnitud que algunos autores han llegado a postular que quien quiera valerse de ella tendrá que acreditar, inexcusablemente, la indisposición de prueba directa[39]. Conviene aclarar que los defensores de esta exigencia probatoria se han limitado a formular tal aserto, sin que, al tiempo, hayan efectuado precisión alguna —hasta donde se me alcanza— a este respecto.

En consonancia con lo dicho hasta aquí, debe darse por descontado que disponiendo de ambos métodos probatorios en un mismo asunto, el justiciable sólo podrá valerse de prueba directa, sin que quepa articular su estrategia probática valiéndose de ambos métodos probatorios al alimón.

Otra aplicación concreta de esta doctrina es la conocida máxima «*praesumptio-praesumptionis non admittitur*». Según este brocardo, los indicios no se podrán probar en ningún caso por medio de prueba indirecta. Sólo cabrá sustentar los hechos-indicio sobre pruebas directas[40] [por todas, SSTS, Sala 2.ª, de 14 de octubre de 1986, FJ 2.º (La Ley 11404-JF/0000), de 7 de abril de 1989, FJ 2.º (La Ley 1338-2/1989), y de 15 de octubre de 1990, FJ 2.º (La Ley 513/1991)].

La DHPI trae consigo, por otra parte, la necesidad de redoblar la exigencia de motivación judicial en el caso de la prueba indiciaria[41], imponiéndose una serie de severos criterios —algunos de una inconcreción alarmante— a la hora de proceder a su plasmación en la fundamentación jurídica de las sentencias [STC, Sala 2.ª, núm. 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2.º (La Ley 885-TC/1988)]. Todo lo contrario acontece con la prueba directa a la que prácticamente se exime de cualquier exigencia de motivación [STS, Sala 2.ª, de 25 de abril de 1996, FJ 2.º (La Ley 4896/1996)][42]. Al albur de la —mal entendida— inmediación judicial, se aplica a los medios de prueba —especialmente, a los personales, los documentales y los audiovisuales— una suerte de rebaja de la exigencia en lo tocante al deber judicial de motivación (*ex* art. 120.3 CE)[43].

Por todo lo dicho, cabría esperar que los valedores de esta doctrina propugnaran la definitiva erradicación de la prueba indirecta de nuestro sistema jurídico procesal. Sería lo más apropiado, visto cuanto se ha expuesto. Sin embargo, y de forma sorprendente, esta doctrina acepta la prueba indirecta como un mal menor, bien que únicamente en aquellas concretas situaciones en las que se carezca de prueba directa. Su empleo como solución de fortuna obedece a la constatación de que su rechazo total y absoluto impediría la prueba de muchos supuestos fácticos (para los que se carece de prueba directa o revisten la condición de hechos psíquicos) [STC, Sala 1.ª, núm. 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 3.º (La Ley 520-TC/1986)]. Amén de que,

---

[39] Así, claramente, RIFÁ, 2000: 1783, y PASTOR, 2003: 168. En ambos casos, queda abierto un importante interrogante: ¿Qué se tiene que probar exactamente? ¿Que no hay prueba directa o que no se ha podido disponer de la misma?

[40] *Cfr.* A. DÍAZ, 2002: 374-375, quien sustenta su postura en una interpretación literal del art. 386 LEC, según la cual el empleo de la expresión prueba supondría la exclusión consciente —por parte del legislador— de las presunciones como método de prueba de los indicios.

[41] Por todos, TOMÁS Y VALIENTE, 1987: 22.

[42] MANZANARES, 1992: 95 y 98-99, advierte que es la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal la que guarda silencio al respecto —*vid.* arts. 147 y 741—, sin que, por otra parte, ni el Tribunal Constitucional, ni el Tribunal Supremo, hayan cuestionado la constitucionalidad de tal silencio.

[43] Abiertamente, M. GASCÓN, 2010a: 98 y 102. Denuncia también esta situación GIMÉNEZ, 2006: 82.

concretamente en el plano penal, resultaría de todo punto imposible la probanza del tipo subjetivo del delito y de los eventuales elementos subjetivos del tipo.

3.2. Análisis crítico de la DHPI

La doctrina de la «hipovaluación» no resiste un detenido análisis crítico. Y al efecto de demostrar tal aseveración, vamos a mostrar, a continuación, sus principales debilidades. Para ello se ofrecerá una serie de argumentos, que atienden a distintos aspectos de la prueba, como son el puramente legal, el epistemológico, el lógico y el histórico.

3.2.1. Argumentos jurídicos

i) Para empezar, la DHPI carece por completo de apoyatura legal que le confiera la menor legitimación[44]. Ninguna norma procesal contempla, en precepto alguno, que la prueba indiciaria revista menor valencia probatoria que la prueba directa. Tampoco se establece que el justiciable únicamente pueda valerse de prueba indirecta a falta de prueba directa, a modo de solución supletoria [STC, Sala 1.ª, núm. 263/2005, de 24 de octubre, núm. rec. 5134/2002, FJ 5.º (La Ley 10067/2006)][45].

ii) Por otra parte, la discriminación que supone la doctrina objeto de análisis contraviene frontalmente el principio de legalidad (procesal). *Ubilex non distinguit, nec nos distinguiredebemus*[46]. Por consiguiente, donde el legislador no ha fijado semejante tarifa probatoria, ni ha contemplado pruebas de distinto grado, no pueden los juzgadores introducir alteraciones en el orden probatorio establecido. No puede perderse de vista que los órganos jurisdiccionales están sometidos al imperio de la ley —art. 6 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)—, sin que quepa admitir fisuras de ninguna clase. Otra cosa abre las puertas de par en par a la inseguridad jurídica y, en última instancia, a la arbitrariedad.

iii) En consonancia con lo anterior, no es de recibo que se pueda llegar a exigir la acreditación de la indisposición de prueba directa para poder hacer valer prueba indirecta. La probanza de un hecho negativo de estas características constituye una auténtica *probatiodiabolica*[47], en toda la extensión del término[48]. Y ningún precepto

---

[44] *Cfr.* Chocrón, 2004: 32, y Giménez, 2006: 83. Por su parte, Ruiz, 1995: 267, defiende que el libre convencimiento del juzgador es incompatible con la existencia de tasa de prueba alguna, cosa que también sostiene Fuentes, 2000: 167. Rodríguez, 2012, afirma que «[...] el artículo 741 LECrim le atribuye (al Tribunal) una omnímoda y soberana facultad valorativa de las pruebas practicadas, en las que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros [...]».

[45] Otorgar mayores y menores valores probatorios, esto es, jerarquizar los métodos de prueba, supone retroceder a planteamientos propios de la Edad Media, donde reinaba la prueba legal o tasada, lo que, por supuesto, acabaría con el principio del libre convencimiento judicial. Así, *cfr.* Asencio, 1989: 61, e Igartua, 2009a: 482-483. *Vid.*, si no, a dónde se puede llegar, tal y como señala Cabañas, 1992: 288: «[...] En el sentido de perder éste [el juez] su libertad inicial para fallar de manera opuesta, intentando justificar la mayor validez de la prueba crítica».

[46] Sobre el brocardo, sus diversas formulaciones y su significación, *vid.* VVAA, 2006: marginal 902.

[47] Acerca de este concepto, *vid.* Muñoz, 2012: 23-24.

[48] Curiosamente, Pastor, 2003: 168 —defensor de la exigencia de probar la inexistencia de prueba directa para poder valerse de la indirecta— afirma que «no se puede exigir a ninguna parte pruebas imposibles o diabólicas».

legal ampara tal cosa, a tenor del ordenamiento jurídico vigente. Es más, tan excesiva exigencia no sólo no encuentra cobijo en ningún precepto de nuestras leyes procesales, sino quesembrar de obstáculos el camino del litigante para valerse de un método de prueba legítimo supone atentar abiertamente contra el derecho fundamental a la prueba [art. 24.2 Constitución Española (CE)]. En última instancia, la imposición de tal requisito comporta la desactivación *de facto* de la prueba indiciaria. La extrema dificultad de probar la indisposición de prueba directa convierte en ilusoria cualquier expectativa del justiciable de servirse de presunciones. Y mucho me temo, además, que sólo se permitiría el acometimiento de esa difícil —por no decir imposible— probanza mediante prueba directa.

iv) Descendiendo al terreno del proceso penal, el empleo de presunciones por parte de la acusación (por débiles o remotos que sean los indicios) no comporta ninguna suerte de alteración, inversión o traslación de la carga de la prueba hacia el acusado, como ha afirmado algún autor[49]. Si los indicios son remotos o débiles y, por tanto, la inferencia es excesivamente abierta, no se produce un supuesto de traslado de la carga probatoria, sino que lo procedente, en tal caso, es «infirmar»[50] generando en el juzgador una duda razonable. Baste un sencillo ejemplo para ilustrar nuestra objeción. Nos enfrentamos al hurto de una bicicleta y al hecho de que al acusado se la ha sorprendido en posesión de la misma quince días después de producida la sustracción. No me parece que haya lugar a desplazamiento alguno de la carga de la prueba, ni tampoco se me alcanza un fenómeno de inversión del *onusprobandi*. Sencillamente, lo que procede es que el acusado infirme la hipótesis acusatoria. Bastaría con establecer otras asociaciones lógicamente posibles sobre la misma base indiciaria (hurto de hallazgo, receptación, forma de pago del precio de una deuda, etc.). Luego, si es por eso, no debe preocuparnos lo más mínimo el que la prueba indiciaria se pueda basar en indicios remotos o débiles. Tal circunstancia no perjudica en modo alguno al acusado. Más bien, sucede todo lo contrario.

Tampoco se produce el aludido desplazamiento de la carga probatoria cuando los indicios son falsos. En tal supuesto, será suficiente con que el acusado lo alegue y lo demuestre.

Sea como fuere, no cabe, en mi opinión, sustentar la subsidiariedad de la prueba indirecta en una razón que no es tal, por cuanto no hay lugar para la pretendida inversión del *onusprobandi*.

3.2.2. Argumentos epistemológicos

i) La DHPI se asienta sobre un error conceptual de base, en absoluto baladí, que no es otro que comparar métodos probatorios sustancialmente distintos. Las cosas que son diferentes, entre sí, no admiten comparación[51]. Ya hemos visto en un epígrafe anterior que se trata de dos métodos de prueba por completo disímiles, que operan de forma distinta y que tienen objetos dispares.

---

[49] *Cfr.* PASTOR, 2003: 167.

[50] Según MUÑOZ, 2007: 101, debe entenderse por «infirmación» «[...] cualquier otra conclusión oponible a una presunción e inferida del mismo indicio».

[51] *Cfr.* BURRILL, 1868: 230; GORPHE, 1955: 461 —quien cita a WIGMORE—; y SERRA, 1993: 571.

ii) Sin perjuicio de que se repute censurable, de por sí, la comparación de lo que es esencialmente diferente, la DHPI lleva a efecto una comparación para la que carece por completo de términos o unidades de medida. Los parámetros necesarios para llevar a buen puerto tal paralelismo sencillamente no existen, puesto que nos estamos refiriendo a realidades —el conocimiento, la convicción— que no son susceptibles de sujetarlas a unidades numéricas de medida. Y no sólo no se dispone de una suerte de relación de criterios tasados, a los que aparejar valores determinados, sino que tampoco se presentan tales criterios de forma jerarquizada. Cabe preguntarse si la prueba directa es superior por su simplicidad o porque reclama la superación de menos pasos lógicos. Y, asimismo, es dable interrogarse por el valor que se asigne a la mayor resistencia de la prueba indiciaria a la manipulación y a la adulteración. Por lo visto, esto último debe contar bien poco a la vista del resultado final que alcanzan los defensores de la DHPI.

iii) Por otra parte, los paladines de la DHPI no aducen razones de orden estrictamente epistemológico en las que cimentar sus conclusiones y en las que basar sus criterios de preferencia. Y no lo hacen porque, sencillamente, resulta imposible[52]. Tan se puede conocer la realidad pasada (extinta) por una vía, como por otra. Ningún autor de los que se alinea con la doctrina objeto de crítica ofrece referencias bibliográficas de epistemólogos que hayan alcanzado semejante conclusión. La jurisprudencia tampoco manifiesta criterio alguno de orden epistémico en el que sustentar su postura.

iv) Desde la perspectiva de las supuestas ventajas de la prueba directa, los resultados tampoco acompañan. En particular, supone un fundamento sumamente endeble pretender una mayor simplicidad «intelectual» o lógica de la prueba directa sobre la prueba indirecta. Se desprende de las palabras de los adalides de esta doctrina la idea de que «al testigo no hay que "pensarlo", hay que escucharlo. Al indicio, no hay que escucharlo, hay que "pensarlo"»[53]. Sin embargo, la tal supuesta «simplicidad» es un espejismo[54]. Obviamente, exige menos esfuerzo el acto de escuchar y de identificar la información recibida con el *themaprobandum*, que aventurarse a buscar sesudas asociaciones lógicas entre éste último y los indicios reunidos en la causa. Sin embargo, los defensores de esta doctrinase olvidan de la enjundiosa tarea de analizar críticamente a la fuente de la que procede la información que «basta escuchar»[55]. Este descuido de

---

[52] *Cfr.* ANDRÉS, 2009: 51 e IGARTUA, 2009b: 644. De ahí que los —tímidamente— críticos con la DHPI digan que «esta subestimación no es justificada [...]», como es el caso de DÖHRING, 1972: 313, y en sentido semejante, se pronuncian VEGAS, 1993: 138-139 —para quien «[...] no tiene [...] ninguna justificación»— y DELGADO, 1996: 391 —quien afirma que «en principio no hay razón [...]» para la discriminación peyorativa que nos ocupa—.

[53] BURRILL, 1868: 224, percibió claramente que en este punto residía la razón última de la afirmada superioridad de la prueba directa sobre la indirecta. ROCHA, 1967: 605-606, tiene dicho que «el testimonio también es prueba directa y sin más razonamiento que el de la sana crítica va demostrando el hecho, del cual además queda una persuasión sensitiva». Por su parte, CABAÑAS, 1992: 287, asevera que «el carácter mediato del vínculo que une al hecho base con el objeto representado para la articulación de la presunción *hominis*, trae como natural consecuencia la preferencia dentro del sistema procesal, de toda fuente de convicción fundada en un medio de prueba representativo, en menoscabo del mecanismo presuncional».

[54] Al respecto, *cfr.* GIANTURCO, 1958: 133; BRICHETTI, 1973: 127; D. GONZÁLEZ, 2003: 44 —quien piensa que afirmar que en prueba directa no interviene ningún razonamiento constituye una falacia—, y del mismo autor, 2010: 321; GIRONI, 2008: 150; SANTORIELLO, 2008: 344; M. GASCÓN, 2010a: 81-82.

[55] BENTHAM, 1823: 244, señala que es más sencilla la prueba indirecta que la directa, y se fija precisamente en la enorme dificultad que encierra la valoración del testigo. MUÑOZ, 1967: 205-207, habla de juicio de

los defensores de la DHPI obedece, en gran medida, a la aceptación acrítica de la concepción que hoy en día impera en relación con el principio de inmediación judicial y la valoración de la prueba directa de carácter personal. Como se defenderá más adelante, por extenso, el «simple» acto de escuchar y de percibir a la persona del testigo —me refiero al lenguaje no verbal— encierra, aunque nos empeñemos en negarlo, un proceso inferencial[56], de naturaleza presuntiva[57].

A la vista de datos —indicios—, extraídos muchos de ellos de la forma de expresarse y de comportarse del testigo, se aplican máximas de experiencia —de fundamento y rigor cuestionables—, cuyo desenlace último es un juicio sobre la confiabilidad de dicha fuente de prueba. Quizás se deba a que tenemos estos procesos mentales sumamente interiorizados, pero lo cierto es que suceden sin que nos demos cuenta de ello[58] y, por ende, sin que seamos realmente capaces de poder expresar o justificar cómo hemos alcanzado las conclusiones[59].

Es más, me atrevería a sugerir que hay supuestos —no pocos— donde la prueba indirecta es más «simple» que la prueba directa. Cuando la prueba indiciaria se sustenta sobre piezas de convicción, cuya obtención se ha producido de forma regular, y el razonamiento que resulta de ellas es sencillo —por basarse en máximas de experiencia «hipercodificadas»— se me antoja mucho más asequible, desde un punto de vista intelectivo, que el análisis —riguroso— de un testigo, sobre la base de los aún vacilantes fundamentos de la psicología del testimonio[60].

Bien podría concluir aquí el argumentario crítico de la DHPI. Como he señalado en los primeros compases de la exposición de dicha doctrina, en la raíz de la discriminación entre ambos métodos de prueba está la supuesta inmediatez de la probanza directa, que no precisa de razonamientos, al contrario de lo que sucede, ciertamente,

---

valoración. LOMBARDO, 1999: 428 y 430, señala acertadamente que al enfrentamiento entre proposiciones para buscar coincidencia en el plano lógico-semántico, lo precede una fase de análisis crítico sobre la fiabilidad de la fuente de información, lo que, por otra parte, ya había vislumbrado GIANTURCO, 1958: 133, y posteriormente se aprecia en FASSONE, 1995: 321; IACOVIELLO, 1997: 168; FERRUA, 2007: 335; y SANTORIELLO, 2008: 39.

[56] *Cfr.* MITTERMAIER, 1929: 318; GORPHE, 1955: 154; BELLOCH, 1992: 43; IGARTUA, 1993: 46; y del mismo autor, 1995: 111 —«[...] la "verdad" de un testimonio o la "convicción" de un informe son inaprehensibles sensorialmente [...]»— y 115; M. GASCÓN, 1999: 89-90; CLIMENT, 2005: 86 —aunque se refiera a deducciones con forma silogística—; D. GONZÁLEZ, 2006: 90; SANTORIELLO, 2008: 346; IGARTUA, 2009b: 645; TARUFFO, 2012: 221.

[57] La clave no está tanto en el mensaje, sino en el mensajero. *Cfr.*, en este sentido, FRAMARINO, 1896: 188; GIANTURCO, 1958: 134; ELLERO, 1994: 66 y 75; M. GASCÓN, 1999: 89-90 —«para quien no hay [...] ninguna distinción esencial [...] pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase y, en consecuencia, tan "teñida de subjetividad" puede estar la primera como la segunda»—; de la misma autora, 2010: 99.

[58] *Cfr.* BONNIER, 1869: 354; GORPHE, 1955: 39 —aquí, en testigos, dice, la inferencia pasa inadvertida—; AMODIO, 1977: 209 —quien habla de un proceso mental intuitivo—; ANDRÉS, 1992: 262; D. GONZÁLEZ, 2003: 41; RIVERA, 2011: 303.

[59] M. GASCÓN, 1999: 45, se refiere al proceso intelectual de valoración de las pruebas como algo «[...] difícilmente explicable con palabras», lo que desemboca en la «motivación implícita» o la «motivación no dicha», a la que alude ANDRÉS, 1992: 289.

[60] *Cfr.* GORPHE, 1955: 43; asimismo, y más modernamente, NIEVA, 2010: 95, quien ha advertido sobre los riesgos de las máximas de experiencia en relación con su origen y su fiabilidad. De aquí que ANDRÉS, 1992: 292, afirmara que prueba directa no es sinónimo de prueba simple, conclusión a la que llega también D. GONZÁLEZ, 2010: 321. Según LOMBARDO, 1999: 433, el juicio sobre la fiabilidad de la prueba directa, además de complejo, suele implicar un gran número de inferencias. Es más, en su día, BELLOCH, 1992: 43-44, argumentó de forma convincente que en algunos supuestos, se antoja más simple la prueba indirecta que la directa.

con la indirecta. Así pues, desactivada esta errada suposición, y habiendo concluido que en ambas interviene el raciocinio, la afirmada sustancial diferencia entre ambas se desvanece automáticamente. Sin embargo, no está de más ahondar en otros argumentos que contribuyen a dar solidez a nuestra crítica de la DHPI.

v) Conviene, ahora, prestar atención al propalado valor de la seguridad, que se predica como claramente superior en la prueba directa. Pues bien, a mi modesto entender, la prueba directa no es más segura —desde una perspectiva material— que la prueba indirecta. Bien mirado, y asumiendo que la prueba directa consiste habitualmente en prueba personal, no se puede aceptar que una prueba directa sea más segura que una prueba indirecta, cuando la primera es susceptible, en mayor medida, de resultar adulterada o sencillamente de quedar desvirtuada por las discretas capacidades perceptivas, mnemónicas y comunicativas del ser humano[61]. Y eso por no hablar de la ductilidad de la voluntad humana para someterse a las querencias torcidas de los implicados en el proceso[62]. La realidad material es menos permeable a la manipulación[63]. Es tal la complejidad de los nudos de relaciones fácticas, que el número de modificaciones necesarias de la realidad resulta inasumible para el hombre[64]. A la postre, cualquier alteración de la realidad material deja señales y acaba por quedar en evidencia. Esta consideración se condensa agudamente en el conocido aforismo, propio del ámbito del *CommonLaw*, «*factscannot lie*»[65].

vi) La seguridad también se puede abordar desde una perspectiva lógica o argumentativa. Se ha dicho que la prueba indirecta entraña un riesgo de error mucho más elevado que la prueba directa[66]. La prueba directa exige superar una sola etapa inferencial —la propia del examen crítico de la fiabilidad de la fuente de prueba—, mientras que la prueba indiciaria requiere indefectiblemente acometer dos etapas[67]. La primera, tiene por objeto el examen crítico de las fuentes de prueba de los indicios, y la segunda, atiende propiamente al paso del hecho conocido al hecho desconocido. Ciertamente, convengo en este punto con quienes han puesto sobre la mesa esta acertada observación. Sin embargo, discrepo abiertamente a la hora de extraer consecuencias epistemológicas de esta diferencia estructural que existe entre ambos métodos de prueba[68]. No se puede negar que cuanto mayor sea el número de pasos, superior será la posibilidad de incurrir en un error[69]. Pero no se trata de que en cada eslabón

---

[61] *Cfr.* GIANTURCO, 1958: 133.

[62] *Cfr.* J. J. GONZÁLEZ, 1975: 380.

[63] *Cfr.* BURRILL, 1868: 233; BONNIER, 1869: 356, señala que los indicios también son susceptibles de manipulación. En idéntico sentido, ELLERO, 1994: 101.

[64] Al respecto, señala MUÑOZ, 1987: 254, que un haz de múltiples indicios concatenados es muy difícil de prefabricar o de que resulte de la pura casualidad.

[65] Por todos, BURRILL, 1868: 217; SILVA, 1944: 23; DELLEPIANE, 1961: 94.

[66] *Cfr.* ROCHA, 1967: 61.

[67] Extremo que no admite discusión. *Cfr.* GORPHE, 1955: 43-44; CLIMENT, 2005: 862 y 870; GIRONI, 2008: 123; IGARTUA, 2009b: 645. Incluso se ha defendido que serían tres los estadios que se deben superar en la prueba indirecta. FERRAJOLI, 1995: 130, los ordena del modo siguiente: 1.º Valoración de la prueba directa que sostiene el indicio; 2.º Inferencia identificativa entre la proposición que resulta de la prueba del indicio y la propia del indicio; 3.º Inferencia asociativa entre el indicio y el *factumprobandum*.

[68] M. GASCÓN, 2010a: 82, afirma que «la idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que «ponerla en cuarentena»». Por su parte, GIRONI, 2008: 150, sostiene que más pasos no implica necesariamente debilitamiento, ni error.

[69] *Cfr.* A. DÍAZ, 2002: 373, y CLIMENT, 2005: 863.

inferencial el razonamiento vaya debilitándose y perjudicándose, hasta resultar completamente erróneo[70]. No puede perderse de vista que, en todo momento, aludimos a un riesgo, no a un hecho real y efectivo. Quiere decirse con ello que por más riesgo que pueda existir en el caso de la prueba indiciaria, dicha potencia no se actualizará si nos conducimos de forma rigurosa en las distintas etapas inferenciales que podamos acometer[71]. Por otra parte, la tesis controvertida incurre —en mi opinión— en un grave error conceptual de base. Me explico. La supuesta pérdida de valor de la cadena de inferencias por el solo hecho de transitar de un eslabón a otro no es aplicable al razonamiento propio de los hechos. Tiene plena aplicabilidad, sí, en el ámbito del cálculo probabilístico, donde la probabilidad de cada paso del conjunto contribuye a reducir la probabilidad final del resultado último. Pero lo que vale para la ciencia matemática, no sirve en absoluto para el hecho[72].

Además, no me parece que podamos abandonar, ni hacer de menos, a un método probatorio simplemente porque propicia más oportunidades para incurrir en equívocos[73]. Para darse cuenta de la debilidad intrínseca del argumento basta con trasladar el planteamiento a otros campos del saber y del hacer, donde debería abandonarse o restringirse numerosas prácticas intelectuales y manuales por la sola razón de que encierran un mayor peligro de errar[74].

Por otra parte, me resisto a aceptar tal argumento a la vista de otra consideración que se me antoja de hondo calado, no obstante pasar inadvertida de ordinario. Debemos reparar en el hecho de que, no pocas veces, las máximas de experiencia que sostienen pruebas indiciarias —en sus dos pasos o etapas lógicas— cuentan con un nivel de aceptación, en la comunidad, muy superior, por ejemplo, a los postulados de la psicología del testimonio —en especial, en lo que atiende al lenguaje no verbal— que ni son pacíficos, ni son asequibles para un lego en la materia y, lo que es peor, suelen ser desconocidos para los juzgadores —que se sirven de ordinario de sus propias máximas de experiencia vulgares—, cuyo fundamento y rigor han sido puestos en entredicho

---

[70] Idea muy extendida que expone muy gráficamente ROCHA, 1967: 61, al decir que pierden fuerza de convicción según que el hecho verificado se va alejando del juzgador, tal como pierde impulso la piedra a medida que se distancia de la mano que la arroja. Tal concepción cuenta con valedores de la talla de FERRAJOLI, 1995: 131; D. GONZÁLEZ, 2010: 313 —aunque de forma un tanto dubitativa—; y, más claramente, GUDÍN, 2007: 17.

[71] IGARTUA, 2009b: 646, critica la teoría de que a mayor número de eslabones, mayor debilidad del razonamiento. «[...] Todo depende, no del *número*, sino de la conclusividad de las reglas inferenciales empleadas». «[...] Lo que finalmente cuenta es la calidad de la regla con la que se construye la inferencia». Entiendo que a esto se refiere M. GASCÓN, 2010b: 83-84, cuando dice que «podría decirse a este respecto, que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa (una aserción verificada sobre el hecho que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta [...]. Pero sólo «tendencialmente», pues el valor probatorio de una prueba (sea ésta directa o indirecta) no depende sólo de este dato, sino también —como es evidente— de su calidad epistemológica, es decir, de su grado de certeza. También defiende este planteamiento, SILVA, 1944: 20; LEONE, 1963: 164; ONECHA, 1971: 955; GUASCH, 1998: 301.

[72] Una justificación muy sólida se encuentra en IACOVIELLO, 1997: 208, quien se apoya en las conclusiones alcanzadas en este sentido por COHEN y por EGGLESTON. En la misma línea, e igualmente provechosa, resulta la aportación de LOMBARDO, 1999: 506-508. Ya en su momento, GIANTURCO, 1958: 143-145, atacó duramente la procedencia de emplear la probabilidad matemática y sus axiomas (entre ellos, se contaría el principio de transitividad) en el juicio de hecho.

[73] *Cfr.* BURRILL, 1868: 214.

[74] De rechazarse lo complejo con base en el riesgo de yerro, deberían abandonarse, por ejemplo, técnicas quirúrgicas de alta dificultad.

con frecuencia por los expertos[75]. En pocas palabras, a menudo resulta más asequible inferir un hecho a partir de un cuerpo de evidencia material que concluir la fiabilidad de un testigo. Y, en consonancia, el riesgo de error es claramente superior en este último caso[76], aunque sólo se tenga que superar un nivel de inferencias, a diferencia de lo que acontece con la prueba indirecta.

vii) Hemos dejado para el final —intencionadamente— el principal de los argumentos de orden epistemológico frente a la DHPI. A mi modo de ver, toda la prueba directa es presuntiva en esencia[77]. Es más, la legitimación epistemológica de la prueba directa proviene de la prueba indirecta. Me explico. Si se considera probado un enunciado fáctico controvertido con base en una prueba testifical —por ejemplo—, no se debe sólo y principalmente a que tal o cual testigo haya efectuado una afirmación factual de idéntico contenido al *factumprobandum*, sino a que el juzgador ha concluido racionalmente que el testigo es fiable[78]. Pues bien, tal conclusión sobre la fiabilidad de la fuente de prueba[79] no se funda, en último término, en prueba directa, diría que nunca. Siempre, acaban por aparecer indicios en el punto de arranque de la valoración crítica de las pruebas directas[80].

---

[75] *Cfr.* IGARTUA, 1995: 28. En general, sobre el peligro de las máximas de experiencia y en el concreto momento de su elección, IACOVIELLO, 1995: 414.

[76] Claramente J. J. GONZÁLEZ, 1975: 381 —sostiene que si elaborásemos un estudio estadístico, resultarían más errores con el empleo de prueba directa—; MIRANDA, 1997: 224 —quien defiende que la prueba directa también da lugar a errores—; se aprecia una intuición en este sentido en VEGAS, 1993: 139, nota 139. Es más, BELLOCH, 1992: 39, ve el peligro de la prueba indirecta en los supuestos en que ésta se basa en prueba directa.

[77] *Cfr.*, en este sentido, BURRILL, 1868: 210; FRAMARINO, 1896: 188; JIMÉNEZ, 1949: 418; GORPHE, 1955: 39 —quien excluye de esta afirmación, no obstante, a la prueba directa por excelencia, el reconocimiento judicial; me permito discrepar de este parecer—; GIANTURCO, 1958: 134; DELLEPIANE, 1961: 62 —«[...] Todas las pruebas llamadas directas o naturales se reducen, en último análisis, a la prueba de indicios»—; MUÑOZ, 1967: 207 —«[...] La convicción descansa en todos los casos sobre presunciones»—; del mismo autor, más modernamente, 2001: 400; BRICHETTI, 1973: 121 —sostiene, incluso, que también se construyen inferencias en el reconocimiento judicial—; M. A. DÍAZ, 1988: 298 —quien sólo lo intuye—; MARTÍNEZ, 1993: 58 y 60; ELLERO, 1994: 66 y 75; IACOVIELLO, 1995: 419 y 1997: 200; UBERTIS, 1995: 81; M. GASCÓN, 1999: 154; PAGANO, 2002: 98; CLIMENT, 2005: 865; GIRONI, 2008: 124; SANTORIELLO, 2008: 343; ANDRÉS, 2009: 50 —«[...] «cualquier prueba es siempre indiciaria, ya que todo conocimiento probatorio es inferencial»—; IGARTUA, 2009b: 645 —«[...] En mayor o menor grado, todas las pruebas son indiciarias [...]»—; M. GASCÓN, 2010a: 99; TARUFFO, 2012: 221.

[78] Llega a conclusiones similares, DÖHRING, 1972: 16 y 66, y TARUFFO, 2012: 1102.

[79] ANDRÉS, 2009: 85, habla de la «fuente de información».

[80] Frente a este planteamiento, se han alzado voces críticas que defienden una neta distinción entre las presunciones, por un lado, y la valoración de la prueba, por otro. Claramente, SERRA; más tímidamente, VEGAS, 1993: 143, y de forma decidida, recientemente, siguiendo al primero, ABEL, 2013: 162-163. Para el primero —SERRA, 1993: 555—, «las máximas de experiencia utilizadas en las presunciones tienen carácter específico relacionado con el caso concreto, mientras que las utilizadas en la valoración de la prueba tienen carácter genérico, con validez para cualesquiera procesos en que se utilicen los mismos medios de prueba». Frente a tal aserto, cabe objetar que toda máxima de experiencia —ya sea aplicable a aspectos fáctico-sustantivos, como a la propia valoración de la prueba— es, por definición, genérica, atendida su naturaleza de ley, regla o patrón que generaliza frecuencias fenomenológicas, a través de una inferencia inductiva cuantitativa. Por otra parte, resulta engañosa la distinción porque las máximas de experiencia que se emplean para la valoración de la prueba se podrían considerar igualmente casuísticas o concretas. Sólo se aplican a los supuestos de valoración de tal o cual prueba. Pero lo mismo acontece con las máximas de experiencia que sólo son de aplicación en los casos de simulación contractual o para la determinación del dolo de matar. Asimismo, SERRA —1993: 555— sustenta la pretendida diferenciación en que «[...] en la valoración de la prueba el hecho afirmado instrumentalmente a través de los medios de prueba, y el derivado de la valoración judicial, son idénticos [...]». Me permito discrepar de tal afirmación. El *factumprobandum* (la proposición de que la concreta fuente de prueba objeto de crítica es fiable) se relaciona con una serie de hechos-base completamente distintos, merced

Efectivamente, sobre la base de datos fácticos —indicios— que se desprenden del medio de prueba o que resultan de otras actividades probatorias dentro del mismo proceso, se aplican máximas de experiencia y se alcanzan conclusiones sobre la confiabilidad de los medios probatorios[81].

> Aunque quizás le resulte obvio al lector lo que se acaba de afirmar, me resisto a dejar pasar la oportunidad de expresarlo de forma gráfica. Recuperemos a nuestro testigo Sempronio. Afirma que presenció, desde una ventana de su casa, cómo Cayo apuñalaba a Ticio. Supongamos que la dirección letrada de la acusación propone la testifical de Aulo, con el sólo propósito de proporcionar argumentos de credibilidad en relación con Sempronio. El tal Aulo, para más señas, es el compañero de piso y de estudios de nuestro testigo principal. Aulo declara en el plenario que él se encontraba en su habitación, cuando Sempronio se puso a gritar desaforadamente que estaba presenciando un homicidio. Al llegar hasta la ventana, Aulo ya no pudo ver nada, porque el crimen ya se había cometido. Así las cosas, ¿concluimos que Sempronio es fiable simplemente en atención al testimonio de Aulo? ¿o, primero que nada, se deberá concluir la fiabilidad de éste último? La respuesta se nos antoja obvia. Pero, pongamos ahora, que la credibilidad de Aulo se hace descansar en el testimonio de Luventicus, quien daría razones para creer que efectivamente Aulo se encontraba en el piso en torno a la hora de ocurrencia de los hechos. Tal cadena de testimonios —amén de que no se da en la praxis forense— se agotará en algún momento. Y ese último eslabón sólo podrá considerarse digno de crédito merced a prueba indirecta.
>
> Volvamos al principio. Sin desmerecer el concurso de Aulo (que podría considerarse un indicio más para inclinarnos por la confiabilidad de Sempronio), habrá que estar a otras cosas: la efectiva posibilidad de percepción de Sempronio (distancia, cantidad de luz, vista del testigo, etc.), a la correcta conservación del recuerdo (si han aparecido fotografías del sospechoso Cayo, antes de que nuestro testigo se dirigiera por vez primera a la Policía), y así podríamos continuar enumerando factores que deben tomarse en consideración en la labor critológica de la prueba testifical.

Tan es así que se dan paradojas sumamente curiosas, como es el caso de la valoración de la declaración de la víctima en el marco del proceso penal. El propio Tribunal

---

al efecto asociativo que ejercen las máximas de experiencia que resulten de aplicación. Así, por ejemplo, se puede concluir que el testigo Sempronio es fiable porque se ha probado su localización en las inmediaciones del lugar de ocurrencia de los hechos, su visión es correcta, su memoria no se ha visto afectada por ningún tipo de interferencia, etc. Y la relación entre una cosa —*factumprobandum*— y las otras —indicios— es posible porque sólo es posible percibir correctamente un suceso si uno se encuentra próximo, porque se precisa carecer de afecciones oculares para poder visualizar adecuadamente y así podríamos seguir enunciando máximas de experiencia.

En realidad, la discrepancia es puramente terminológica, como parece dar a entender F. GASCÓN, 1999: 33, y, muy claramente, aunque se refiera al caso italiano, LOMBARDO, 1999: 436-437. Los conceptos son, en última instancia, idénticos. Lo que acontece es que no se quiere reputar presunción —a lo que sí lo es— y, en su lugar, se alude a las máximas de experiencia como si se tratara de algo diferente. A este respecto, conviene efectuar dos precisiones (insisto, puramente terminológicas). En primer lugar, entre las presunciones judiciales cabe distinguir entre presunciones de fin y presunciones de medio (como estableciera MUÑOZ, 1967: 248). Las primeras se dirigen a la prueba de un concreto *factumprobandum*, directa o indirectamente vinculado con el supuesto de hecho de una norma. Las segundas se emplean para acometer el examen crítico de la prueba directa, a fin de poder determinar su confiabilidad. En segundo lugar, las máximas de experiencia, por sí solas, son de todo punto inoperantes. Sin indicios, no pueden prestar ningún servicio. En realidad, los que propugnan una diferencia entre ambos términos, no niegan que el mecanismo intelectual que se emplea para determinar la confiabilidad de la prueba directa contiene los elementos propios de la presunción y, aún mejor, se desarrolla con un esquema inferencial propiamente presuntivo.

[81] Sobre presunciones de medio, GORPHE, 1955: 48. Para una descripción del proceso inferencial seguido a la hora de valorar la prueba directa, *vid.* VEGAS, 1993: 143; IACOVIELLO, 1995: 413; UBERTIS, 1995: 81; F. GASCÓN, 1999: 33; CLIMENT, 2005: 89; M. GASCÓN, 2010a: 92.

Supremo —al elaborar una relación de, por así decir, criterios valorativos[82]— vino a establecer de forma implícita la insuficiencia de la narración del sujeto pasivo del delito para conseguir la enervación de la presunción de inocencia. Exige, a tal efecto, la concurrencia de corroboración periférica, que tendrá que ser necesariamente indiciaria[83].

> Si la corroboración periférica procediera de prueba directa —pongamos, por ejemplo, el caso de un testigo presencial o de una grabación audiovisual—, la enervación de la presunción de inocencia ya no sería cosa exclusiva del testimonio de la víctima, por lo que ya no sería preciso contar con corroboración periférica alguna. El problema surge, precisamente, en aquellos supuestos en que sólo se cuenta, como prueba directa, con la declaración del sujeto pasivo del delito. Aquí es donde se revela imprescindible —según, insisto, el criterio del Tribunal Supremo— contar con prueba indiciaria que respalde la credibilidad de la sedicente víctima. Y, a poder ser, los indicios deberán revestir naturaleza física o material (rasguños o hematomas, por ejemplo, en un supuesto de violencia de género, acaecida en la intimidad de la vida familiar).

Esto no hace más que demostrar que la prueba directa hay que valorarla y que, a tal efecto, lo realmente conducente es la prueba indirecta. La primera precisa indefectiblemente del concurso de la segunda. Es más, la pretendida autosuficiencia de la prueba directa se derrumba. Está visto que no surte el capital efecto de enervar la presunción de inocencia sino se concluye su fiabilidad, a través —paradójicamente— de prueba indirecta[84]. Curiosamente, de esta forma se ha venido a consagrar —de forma implícita— la conveniencia de que las pruebas directa e indirecta vayan juntas, de la mano, de cara al buen fin de la probanza de los hechos[85], con lo que ambos tipos se complementan y no se enfrentan.

Por consiguiente, si un elemento esencial de la prueba directa es la presunción judicial, necesariamente las supuestas deficiencias de ésta última se trasladan a la conclusión alcanzada merced a la prueba directa[86]. En último término, ambos métodos de prueba quedan al mismo nivel de calidad epistémica, en la medida en que uno de ellos forma parte consustancial del otro.

3.2.3. Argumentos lógicos

i) La DHPI peca de incongruente. Lo que, por otra parte, invita a pensar en su inconsistencia intrínseca. Me explico. Contrariamente a lo que cabría esperar, sus premisas conceptuales no desembocan en una propuesta expresa y tajante de erradicación de la prueba indiciaria de nuestro sistema procesal[87]. Cuanto menos, la propalada de-

---

[82] Consúltese, por todas, STS, Sala 2.ª, núm. 1029/1997, de 29 de diciembre, núm. rec. 832/1996, FFJJ 4.º y 5.º (La Ley 1134/1998).

[83] *Cfr.* FUENTES, 2000: 177 y 190-191.

[84] *Cfr. ibid.,* 176.

[85] Como ya recomendara en su día BURRILL, 1868: 226.

[86] LOMBARDO, 1999: 476-477 y 497, afirma que «*la principale conseguenza del carattere tautologico dell'inferenza è che il grado di conferma proprio della sua premessa si trasferisce automaticamente sulla sua conclusione*». Parecen compartir esta perspectiva, J. J. GONZÁLEZ, 1975: 391; MARTÍNEZ, 1993: 57-58; FERRAJOLI, 1995: 132 —«la probabilidad o fuerza inductiva de las pruebas afecta a la fiabilidad o crédito subjetivo de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testimonios [...]»—; GIRONI, 2008: 132-133.

[87] *Cfr.* M. GASCÓN, 1999: 154-155.

ficiencia intrínseca de la prueba indirecta aconsejaría reducirla al campo de la justicia cautelar. En cualquier caso, su —aquí negada— minusvalía clama por su supresión —a nivel normativo y, por supuesto, en el ámbito aplicativo— como método de prueba sobre el que hacer descansar un pronunciamiento condenatorio. No se puede defender con ahínco la menor calidad epistemológica de la prueba indiciaria y, al mismo tiempo, admitir que sobre ella se puedan imponer, por ejemplo, penas privativas de libertad. Si tan insegura y peligrosa resulta, un Estado de derecho no debería poder permitirse contar con ella[88].

ii) La incongruencia se agrava —en el plano de la justicia criminal—, cuando por mor de no dejar impunes muchos delitos —para los que de ordinario se carece de prueba directa—, se admite la prueba indiciaria como un mal menor. Es tanto como reconocer su deficiencia —hasta el punto de que si se cuenta con prueba directa, se huye de aquélla como de la peste—, pero, al mismo tiempo, supone conformarse con lo que poco que se tiene, por malo que sea[89]. Y lo que es mucho peor. Se consiente que nuestro sistema jurídico penal albergue dos clases de condenas, cuyo juicio de hecho difiere en la tipología de prueba empleada con su diferente calidad epistemológica. En algunos casos, la condena se alcanza sobre la base de prueba óptima en un sentido epistémico, mientras que otros supuestos, al mismo resultado condenatorio se llega a partir de prueba de discreto valor epistemológico. Esta diversidad de grados de calidad que se predica de ambas dos pruebas acarrea unas consecuencias penológicas inaceptables[90].

iii) La consustancial vinculación demostrada entre prueba directa e indirecta nos conduciría —de ser consecuentes con la DHPI— a un resultado aterrador. Si desterráramos la prueba indiciara del catálogo de métodos de prueba, deberíamos admitir que la prueba directa se quedaría automáticamente huérfana del imprescindible sostén crítico que legitima su aceptación en un determinado supuesto. Si la prueba directa es presuntiva en esencia, necesariamente nos hemos de ver privados del instrumento epistémico que nos permite determinar la confiabilidad de la primera. Por consiguiente, una de dos. O aceptamos cualquier medio de prueba que se proponga en juicio, o rechazamos también la prueba directa. En cualquiera de los dos casos, las consecuencias son funestas para el sistema judicial. Una toma de postura coherente con la DHPI supone torpedear al Estado de derecho en su misma línea de flotación. ¿Acaso nos imaginamos explicando a los justiciables que se les ha condenado en un determinado caso sobre prueba directa cuyo control de calidad —de fiabilidad— se ha realizado empleando un instrumento pernicioso y de escaso —o nulo— valor epistémico? Evidentemente, dichos justiciables se cuestionarían —con razón— la legitimidad del propio sistema de justicia.

iv) La máxima «*praesumptiopraesumptionis non admitittur*» encierra, también, una grave inconsistencia, si se la considera detenidamente. Sólo se puede probar los indicios mediante prueba directa, pero ésta última siempre tiene indicios en su base, de modo que nunca se podrá probar la fiabilidad de la directa con la que se lleva a término la probanza de los propios indicios. Sin duda, un círculo vicioso. Y lo que queda,

---

[88] Como ha sostenido coherentemente GUDÍN, 2007: 13 y 17.

[89] Según IGARTUA, 2009b: 643, significaría resignarse a una calidad de conocimiento de inferior condición.

[90] *Cfr.* MIRANDA, 1997: 221.

en definitiva, es la imposibilidad real de utilizar la prueba indirecta[91], para la que no quedaría otro destino posible que su destierro lógico.

La aludida máxima supone un contrasentido también desde otra perspectiva. La prueba indirecta no sirve para probar un indicio y, sin embargo, sí reviste eficacia para la probanza de los hechos base de un delito y acabar condenando por ello[92]. Si quien puede lo más, puede lo menos, la máxima de constante mención debe desaparecer definitivamente de nuestra cultura jurídica y judicial[93].

3.2.4. Argumento histórico

La concepción negativa de la prueba indirecta se explica, además de por las razones ya vistas, como consecuencia de una inercia histórica, que conviene clarificar, muy brevemente[94]:

i) Si bien es cierto que la distinción entre pruebas directa —representativa o inartificial— e indirecta —crítica o artificial— se remonta a ARISTÓTELES, la discriminación peyorativa es obra de los juristas del derecho intermedio, que se dejaron seducir por la idea de que la primera está exenta de actividad racional y, por consiguiente, de los peligros de la lógica y la retórica[95].

ii) Sobre la base de esta equívoca concepción, y especialmente en el ámbito penal, la prueba reina en la Edad Media fue la directa y, más que ninguna, la confesión del reo. La prueba indirecta —insisto, sinónimo de indiciaria— se empleaba como un mero instrumento que propiciaba la consecución de aquélla primera, al operar como condición para poder aplicar el tormento al sospechoso[96], del que se esperaba obtener precisamente la confesión del delito. Una vez proscrita la tortura, los indicios perdieron, en gran medida, su sentido, contemplándose solamente para la imposición de penas menores, quedando ostensiblemente devaluado su papel en el juicio de hecho[97].

iii) La escasa fiabilidad de la prueba indirecta para los juristas tardomedievales —que ha prosperado con éxito hasta nuestros días— precipitó en una visión vulgar o capitidisminuida de la indicios, a los que tradicionalmente se ha asociado el carácter de combustible de un razonamiento provisional (de ahí que su utilidad se haya confinado al ámbito de decisiones «provisionales»: medidas cautelares, etc.)[98].

---

[91] *Cfr.* IGARTUA, 2009a: 503.

[92] Denuncia esta incongruencia de forma harto clara, BELLOCH, 1992: 45. La constatación de este sinsentido invita a ponerse en guardia frente a interpretaciones literales del art. 386 LEC —como la que efectúa A. DÍAZ, 2002: 374-375—, de las que se extrae una supuesta voluntad del legislador de confirmar la máxima *praesumptiopraesumptionis non admitittur*. En este sentido sigo la interpretación contraria, propuesta por MIRANDA, 2000: 519.

[93] *Cfr.* J. J. GONZÁLEZ, 1975: 390; GUASCH, 1998: 301; M. GASCÓN, 1999: 154; CLIMENT, 2005: 923.

[94] Para un análisis en profundidad de la cuestión, *vid.* ROSONI, 1995. Asimismo, resulta sumamente ilustrativo el compendio de derecho histórico que se contiene en la STSJ de Madrid, núm. 13/2004, de 5 de mayo, núm. rec. 1/2004, FJ 7.º (La Ley 14148/2004).

[95] Sobre este extremo, *vid.*, por extenso, ROSONI, 1995: 52-55.

[96] Sobre el particular, resulta sumamente ilustrativo DE HEVIA, 1825: 237-241. Para un análisis histórico detallado, *vid.* GORPHE, 1955: 40.

[97] *Cfr.* SERRA, 1969: 701.

[98] *Cfr.* IGARTUA, 2009b: 642.

Sin que sea posible extenderse aquí y ahora sobre el particular, conviene, no obstante, dejar apuntadas algunas reflexiones que permitirán comprender el embrollo histórico en el que se ha convertido la prueba indirecta.

La concepción vulgar de presunción es en realidad una inferencia presuntiva que no ha superado el tamiz de la contradicción y, por tanto, el necesario enfrentamiento con otras hipótesis competidoras. Es plausible, sí, pero no basta para condenar, aunque efectivamente resulta suficiente para imponer medidas cautelares personales, por ejemplo. En el ámbito penal, para que una hipótesis presuntiva prospere —y, si se trata, del último eslabón, permita enervar la presunción de inocencia— debe ser consistente, *per se*, y, además, excluir indirectamente a cualquier hipótesis alternativa aducida por la defensa[99].

> Un sencillo ejemplo facilitará la adecuada comprensión de lo dicho. Supongamos que Ticio es sorprendido saliendo de la vivienda de Cayo por una ventana trasera, a altas horas de la noche, portando un cuchillo en la mano, con sangre del segundo por todas partes (en sus manos, en su ropa y hasta en su rostro). Para colmo de males, era de público conocimiento la mala relación existente entre ambos.
>
> De primeras, los indicios expuestos (y otros más que se podrían añadir) permiten construir un conjunto de inferencias presuntivas cuya conclusión última es que —*prima facie*— Ticio mató a Cayo. Y sobre esta inferencia podría asentarse la adopción de una medida cautelar sobre la persona de Ticio.
>
> Pero con estos mimbres no podría tejerse una condena. Y ello porque si bien es plausible el razonamiento expuesto, también la defensa podría construir la siguiente hipótesis alternativa acerca de lo sucedido: Ticio acudió a Cayo para arreglar definitivamente sus diferencias, encontrándose a éste último tendido en el suelo, con el cuchillo clavado en el abdomen, agonizando. Ticio extrajo el arma del cuerpo de Cayo, sin poder hacer nada para evitar su muerte, pese a los denodados intentos por frenar la hemorragia. Al escuchar ruido en la calle, Ticio —a quien todos tenían por enemigo acérrimo de Cayo— se asustó y decidió marcharse, de forma discreta, portando el cuchillo en el que había estampado sus huellas, para evitar que lo relacionaran con el crimen. Lógicamente, estaba manchado de sangre por todas partes (como consecuencia de su vano intento de frenar la pérdida de sangre de la víctima).
>
> Pues bien, en el juicio plenario, se acabó contando con sólo estos indicios. Llegado el momento del fallo, el juzgador no podría sino absolver a Ticio, toda vez que la masa indiciaria obrante en la causa abona la construcción de dos inferencias presuntivas igualmente plausibles, lo que debe desembocar en la absolución de Ticio.

Pues bien, la prueba indirecta a la que nos hemos venido refiriendo en este estudio no se debe identificar con la inferencia *prima facie* —o presunción vulgar—, sino con el razonamiento que ha superado el análisis crítico judicial con más (aunque no siempre se dé) el enfrentamiento a otras hipótesis competidoras[100].

iv) Además, el carácter vulgar de presunción —el que prosperó en épocas tardomedievales—, que se asimila generalmente a la idea de «sospecha», se fundaba en algo que hoy es impensable, como es el hecho de exonerar a los indicios de la obligación de su prueba[101].

---

[99] Parece aludir a esto mismo CLIMENT, 2005: 861, cuando define la presunción vulgar como aquella que no se ha practicado o frente a la que no se ha podido practicar prueba en contrario.

[100] Así lo vislumbró con meridiana claridad SERRA, tal y como refiere CLIMENT, 2005: 861-862.

[101] *Cfr.* CARNELLI, 1971: 59.

De todo cuanto se acaba de exponer sucintamente, se desprende que la noción de prueba indirecta, que ha recibido el respaldo del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, no es en absoluto la que puede denominarse vulgar, sino la que se ha venido en denominar técnica o propiamente jurídica. A fin de cuentas, la prueba indirecta que pretendemos equiparar a la prueba directa no es la inferencia presuntiva *prima facie* o lógicamente incompleta, sino la que ha superado los controles de calidad epistemológica y, eventualmente, las hipótesis competidoras o alternativas. Así pues, en gran medida las deficiencias que se achacan a la prueba indirecta son, en realidad, características de la inferencia presuntiva *prima facie*, no de la presunción técnica o jurídica. Con ello, se desarbola otra de las razones para recelar de la prueba indiciaria.

3.3. Exposición de la DEPPDI

Se debe partir de la admisión, sin remilgos, ni temores, de la diferencia intrínseca, sustancial, que existe entre ambos métodos de prueba. Al menos, en cuanto al procedimiento lógico que permite alcanzar la convicción sobre el *factumprobandum*[102]. Tal y como se ha señalado al comienzo, en el caso de la prueba directa nos encontramos ante un razonamiento puramente identificativo. Por el contrario, cuando se trata de prueba indirecta el *iter* lógico es esencialmente asociativo. El indicio y el *factumprobandum* constituyen proposiciones factuales completamente diferentes, que, pese a ello, guardan una relación epistemológica o conceptual (con independencia de que en determinados casos dicha conexión sea también de orden material).

Desde una óptica estrictamente epistémica, resulta perfectamente posible alcanzar la convicción sobre la justificación de un determinado enunciado fáctico por ambas vías[103]. La epistemología no ha contradicho tal cosa hasta la fecha. Y es natural a la vista de la propia experiencia humana. Tan válidos pueden resultar, para adquirir conocimiento, un testigo como una huella[104]. Basta en cada caso con que se sigan escrupulosamente los métodos comprobados de validación de los propios instrumentos de transmisión del conocimiento. Así pues, habida cuenta que se predica la misma eficacia de ambas, y, por consiguiente, se les asigna el mismo rango, no resulta posible, por tanto, establecer una jerarquía en cuanto a su valencia probatoria[105].

Por otra parte, la concurrencia de un nivel de riesgo superior en el empleo —en algunos casos, no siempre[106]— de la prueba indirecta en relación con la directa no se traduce —como ya hemos visto— en una automática e inevitable falencia de la primera. El riesgo se conjura sencillamente con un discurrir riguroso en cada una de las etapas o fases del *iter* lógico que se tengan que superar. Y superado tal riesgo, es decir, evitada la actualización de la mera potencia, la conclusión alcanzada merece toda la confianza en un estricto sentido epistémico. En suma, un mayor riesgo de

---

[102] *Cfr.* Framarino, 1896: 192-193; Garraud, 1921: 785; Dellepiane, 1961: 63; Belloch, 1992: 42-43; Lombardo, 1999: 488 y 498-499.

[103] *Cfr.* Fassone, 1995: 321; Santoriello, 2008: 338.

[104] *Cfr.* Santoriello, 2008: 349.

[105] *Cfr.* Gironi, 2008: 149.

[106] Cuando el indicio se sustenta en prueba personal (y pienso que también en prueba documental), Gorphe, 1955: 460; Dellepiane, 1961: 59.

equívoco, *per se*, no degrada el método o procedimiento seguido. Y nunca puede hacerse bandera de algo que puede ser, pero que no es necesariamente, para establecer discriminaciones.

Superado el principal escollo que encuentra la equiparación entre ambos métodos de prueba, se llega al punto relevante de esta doctrina. Me refiero a la inevitable compenetración que existe entre ambas[107]. No sólo no son mutuamente excluyentes, sino que se aprecia la existencia de una recíproca interdependencia[108], que se manifiesta del modo siguiente:

a) La prueba directa es indirecta, en su base, en la medida en que la solidez de la primera depende del juicio de fiabilidad a la que tiene que ser sometida por el juzgador, que, como se ha afirmado anteriormente, es de naturaleza presuntiva. No en vano, ya hemos puesto de manifiesto hasta qué punto es así en el supuesto paradigmático de la declaración de la víctima, en el proceso penal.

b) La prueba indirecta, aunque se pueda sustentar en una cadena de presunciones, acaba, siempre, por hallar su último fundamento en prueba directa[109].

> El razonamiento siempre tiene que tener en su origen un dato, cuya obtención no se logra con una inferencia, sino, que resulta, bien de la propia contemplación de la realidad, bien de la comunicación por una persona o de la proyección de un instrumento. No puede darse una cadena infinita de inferencias porque, tarde o temprano, la elucubración racional tendrá que nutrirse de la realidad material.

Esto último comporta que no sea posible predicar una menor valencia probatoria de la prueba indirecta. Dicho de otra forma, no se puede establecer una discriminación peyorativa *ex ante*. Sino, únicamente *ex post*[110]. Veámoslo detenidamente. Para ello, partamos de la premisa de que la prueba directa es indiciaria en su base. Sentado esto, añadamos otra consideración no menos importante. La calidad de la prueba indirecta resulta de la calidad de los indicios en los que se funda, de la máxima de experiencia empleada y, en fin, de la inferencia como un todo. Pues bien, si la prueba directa es indiciaria, en el sentido antes indicado, la calidad de la prueba directa vendrá dada por la calidad de los indicios, de la máxima de experiencia y de la inferencia, como conjunto, con los que se ha construido el juicio de fiabilidad de la primera[111]. Por tanto, enfrentadas de inicio dos pruebas, una directa y otra indirecta, no será posible conferir a una de ellas mayor valencia probatoria que a la otra. Se tendrá que examinar la calidad de los elementos componentes de los procesos inferenciales que entrañan ambas. *Ex post*, sí cabrá extraer una conclusión, inclinándose el fiel de la balanza por una o por otra, por méritos lógicos propios, y no como consecuencia de prejuicios, que como hemos visto responden, entre otras cosas, a una malentendida herencia histórica[112].

---

[107] *Cfr.* GORPHE, 1955: 43.

[108] *Cfr.* BURRILL, 1868: 231; FRAMARINO, 1896: 195 —quien tiene dicho que «[...] no hay prueba directa sin mezcla de indirecta»—; GARRAUD, 1921: 786; DELLEPIANE, 1961: 63; BRICHETTI, 1973: 125; ELLERO, 1994: 89; DELGADO, 1996: 391 —habla de «entrecruce» entre una y otra clase de prueba—.

[109] *Cfr.* ELLERO, 1994: 89.

[110] *Cfr.* IACOVIELLO, 1997: 176-177; S. E. RODRÍGUEZ, 2013: 309-310.

[111] Así dice FERNÁNDEZ, 2005: 257-258, que «[...] el procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria viene a coincidir básicamente con el procedimiento para valorar la prueba directa [...]».

[112] Sobre esta cuestión, *vid.* CONIGLIO y COMOGLIO, ambos citados por LOMBARDO, 1999: 501.

3.4. Toma de postura

De cuanto se lleva dicho, creo haber justificado argumentalmente la que es mi postura definitiva en relación con la controversia entre las pruebas directa e indirecta y que se concreta en la plena y absoluta equiparación entre ambas. Considero que existen razones suficientes para defender la absoluta y definitiva abrogación de la DHPI. Y con ello, entiendo que existe una base sólida para combatir abiertamente todas las consecuencias procesales que hemos predicado de la DHPI.

4. CONCLUSIONES

Del conflicto inexistente entre prueba directa y prueba indirecta que se ha desarrollado en el presente estudio se deducen las siguientes tres conclusiones:

Primera. La doctrina de la hipovaluación de la prueba indirecta debe ser abandonada de forma absoluta y definitiva, toda vez que la aquejan una serie de deficiencias de diverso orden (legal, epistemológico, lógico e histórico) que la invalidan por completo.

Segunda. La anterior debe dejar paso a la doctrina de la completa equiparación entre los métodos probatorios directo e indirecto, a la vista de la idéntica valencia probatoria de ambos.

Tercera. No sólo no existe un verdadero conflicto entre pruebas directa e indirecta, ni una suerte de diferencia jerárquica entre ambas, sino que son totalmente interdependientes. Y ello hasta tal extremo de que la prueba directa, sin el apoyo de la indirecta, queda vacía de contenido, sucediendo lo mismo a la inversa. Por ello, debería propiciarse, desde luego por el Legislador, y también por los órganos jurisdiccionales, el empleo conjunto de ambos métodos probatorios, siempre que sea posible.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABEL, X., 2013: «Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 25 (2): 135-166.

AMODIO, E., 1977: «Motivazione della sentenza penale», *Enciclopedia del Diritto* (XXVII: Morale-Negozio), Milano: Giuffrè, 181-257.

ANDRÉS, P., 1992: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, 12: 257-300.

— 2009: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.

ASENCIO, J. M., 1989: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium.

BELLOCH, J. A., 1992: «La prueba indiciaria», *La sentencia penal* (Manuales de formación continuada: 13), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 29-93.

BENTHAM, J., 2001: *Tratado de las Pruebas Judiciales*, trad. de M. OSSORIO, Granada: Comares.

BONNIER, M. E., 1869: *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal* (II), trad. de J. VICENTE Y CARAVANTES, Madrid: Revista de Legislación.

BRICHETTI, G., 1973: *La «evidencia» en el derecho procesal penal*, trad. de S. SENTÍS, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

BURRILL, A. M., 1868: *Treatise on the nature, principles and rules of circumstantial evidence, especially that of presumptive kind in criminal cases*, New York: Baker, Voorhis & Co. Law-

Publishers (disponible únicamente en formato electrónico, en *http://archive.org/stream/atreatiseonnatu00burrgoog#page/n12/mode/2up*; fecha de consulta: 23 de abril de 2013).

CABAÑAS, J. C., 1992: *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid: Trivium.

CARNELLI, L., 1971: «Sobre la presunción (Homenaje)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1: 45-63.

CHOCRÓN, A. M., 2004: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la «presunción de duración indefinida del contrato de trabajo»*, Murcia: Laborum.

CLIMENT, C., 2005: *La prueba penal* (I), 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

DE HEVIA, J., 1825: *Curia Filípica* (I), Madrid.

DE MIRANDA, C., 2014: «La prueba indiciaria: ¿Deducción? ¿Inducción? ¿Abducción? ¿O inferencia a la mejor explicación?», en J. A. GARCÍA AMADO y P. R. BONORINO (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada: Comares, 189-230.

DELGADO, J., 1996: «Prueba de indicios», en J. DELGADO (dir.), *La prueba en el proceso penal* (Cuadernos de Derecho Judicial: 9), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 375-423.

DELLEPIANE, A., 1961: *Nueva teoría de la prueba*, 6.ª ed., Bogotá: Temis.

DÍAZ, A., 2002: *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Barcelona: Bosch.

DÍAZ, M. A., 1988: *Tratado sobre las pruebas penales*, 2.ª ed., México: Porrúa.

DÍAZ-REGAÑÓN, C., 1996: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

DÖHRING, E., 1972: *La prueba. Su práctica y apreciación (La investigación del Estado de los hechos en el proceso)*, trad. de T. A. BANZHAF, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

ELLERO, P., 1994: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, trad. de A. POSADA, Buenos Aires: Librería El Foro.

FASSONE, E., 1995: «La valutazione della prova nel processo penale: dogmatismi antichi e consapevolezze nuove», en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *La regola del caso. Materialisulragionamentogiuridico*, Padova: Cedam, 317-336.

FERNÁNDEZ, M., 2005: *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel.

FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS, A. RUIZ, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Madrid: Trotta.

FERRER, J., 2006: «La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión», *Estudios sobre la prueba*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1-45.

FERRUA, P., 2007: *Il «giusto processo»*, 2.ª ed., Bologna: Zanichelli.

FRAMARINO, N., 1896: *Lógica de las pruebas en materia criminal* (I), Madrid: La España Moderna.

FUENTES, O., 2000: «La valoración de la prueba indiciaria y la declaración de la víctima en los delitos sexuales», *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Lima: Defensoría del Pueblo, 151-247.

GARBERÍ, J., 2004: *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARRAUD, R., 1921: *Précis de Droit Criminel*, 13.ª ed., Paris: Librairie de la Société du Recuil Sirey.

GASCÓN, F., 1999: *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Valencia: Revista General del Derecho.

GASCÓN, M., 1999: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

— 2010a: «La motivación de la prueba», *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima: Ara, 79-105.

— 2010b: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

GIANTURCO, V., 1958: *La prova indiziaria*, Milano: Giuffrè.

GIMÉNEZ, J., 2006: «La prueba indiciaria en el proceso penal», *Jueces para la Democracia*, 56: 75-86.

GIRONI, E., 2008: «La prova indiziaria», en A. GAITO, *La prova penale* (III), Torino: Utet Giuridica, 115-165.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J. J., 1975: *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 6.ª ed., México: Porrúa.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003: «Hechos y argumentos (Racionalidad, epistemología y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)», *Jueces para la democracia*, 47: 35-51.

— 2006: «Argumentación y prueba judicial», *Estudios sobre la Prueba*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 89-134.

— 2010: «Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal», en P. R. BONORINO (ed.), *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima: Ara, 269-341.

GORPHE, F., 1955: *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

GUASCH, S., 1998: *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona: J. M. Bosch.

GUDÍN, F., 2007: «Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria», *Revista de Derecho Penal*, 22: 11-41.

IACOVIELLO, F. M., 1995: «I criteri di valutazione della prova», en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova: Cedam, 391-426.

— 1997: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano: Giuffrè.

IGARTUA, J., 1993: «Una interpretación funcional de la "libre valoración" de las pruebas penales», *Jueces para la Democracia*, 18: 44-52.

— 1995: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— 2009a: «Los indicios tomados en serio», *Razonamiento e interpretación jurídica*, Lima: Ara, 477-509.

— 2009b: «*¿Dónde reside la ambigüedad de los indicios en tanto que elementos de prueba?*», en J. HERNÁNDEZ GARCÍA (dir.), *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación continuada del Consejo General del Poder Judicial, Madrid: CGPJ, 637-646.

JIMÉNEZ, E., 1949: *Derecho procesal penal* (1), Madrid: Revista de Derecho Privado.

LEGUISAMÓN, H. E., 2006: *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LEONE, G., 1963: *Tratado de Derecho Procesal Penal* (II), trad. de S. SENTÍS, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

LOMBARDO, L., 1999: *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano: Giuffrè.

MANZANARES, J. L., 1992: «Sobre la presunción de inocencia» (I), *Actualidad Penal*, 12: 93-103.

MARTÍNEZ, A., 1993: «La prueba indiciaria», *La prueba en el proceso penal*, Madrid: Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, 53-73.

MIRANDA, M., 1997: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch.

— 2000: «Las presunciones», en ALONSO-CUEVILLAS, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (II), Barcelona: Difusión jurídica y temas de actualidad.

MITTERMAIER, C. J. A., 1929: *Tratado de la prueba en materia criminal*, 8.ª ed., Madrid: Reus.

MUÑOZ, Ll., 1967: *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona: Praxis.

— 1987: «Agatha Christie y la prueba de presunciones», *Estudios de Práctica Procesal*, Barcelona: Bosch, 254-255.

— 2001: *Fundamentos de Prueba Judicial Civil: LEC 1/2000*, Barcelona: J. M. Bosch.

— 2007: *Introducción a la probática*, Barcelona: Bosch.

— 2009: *Curso de Probática Judicial*, Madrid: La Ley.

— 2012: *Curso superior de probática judicial*, Madrid: La Ley.

NIEVA, J., 2010: *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

ONECHA, C., 1971: «Las presunciones judiciales», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 4: 949-958.

PAGANO, F. M., 2002: *Principios del Código Penal*, trad. de ZAFFARONI, Buenos Aires: Hammurabi.

PASTOR, F., 2003: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PRIETO-CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., 1982: *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Madrid: Tecnos.

RIFÁ, J. M., 2000: «Presunciones judiciales», en M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, J. M. RIFÁ y J. F. VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (II), Barcelona: Iurgium, 1782-1786.

RIVERA, R., 2011: *La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid: Marcial Pons.

ROCHA, A., 1967: *De la prueba en Derecho* (I), 5.ª ed., Bogotá: Lerner.

RODRÍGUEZ, J., 2012: «¿Destruye la presunción de inocencia una prueba de cargo menos segura cuando era posible una prueba de cargo directa más segura?», *Diario La Ley*, 7788.

RODRÍGUEZ, S. E., 2013: «Prueba directa y prueba indiciaria», en ORTEGA GARCÍA, *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica. Ensayos contemporáneos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 287-312.

ROMERO, A. M., 1986: *La prueba procesal penal y su valoración psicológica*, Madrid: Colex.

ROSONI, I., 1995: *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano: Giuffrè.

RUIZ, E., 1995: «Indicios, presunciones y motivación de las sentencias», *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada: Comares.

SANGUINETTI, L., 1979: *La valutazione della prova penale*, Milano: Giuffrè.

SANTORIELLO, C., 2008: «I criteri di valutazione della prova (fra massime d'esperienza, regole di giudizio e standards d'esclusione)», en A. GAITO, *La prova penale* (III), Torino: Utet Giuridica, 325-411.

SEOANE, J. L., 2007: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

SERRA, M., 1969: «Función del indicio en el proceso penal», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Ariel, 699-711.

— 1993: «De las presunciones», en M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, 2.ª ed., Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, XVI: 543-588.

SILVA, V., 1944: *Presunciones e indicios en el proceso penal*, Madrid: Instituto Editorial Reus.

TARUFFO, M., 2008: *La prueba*, trad. de L. MANRÍQUEZ y J. FERRER, Madrid: Marcial Pons.

— 2012: *La prova nel processo civile*, Milano: Giuffrè.

TOMÁS Y VALIENTE, F., 1987: «*In dubio pro reo,* libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 209: 9-34.

TONINI, P., 2003: *Manuale di procedura penale*, 5.ª ed., Milano: Giuffrè.

UBERTIS, G., 1995: *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino: Utet.

VEGAS, J., 1993: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley.

VVAA, 2006: *Principios de Derecho Global. 1.000 Reglas, principios y aforismos comentados*, 9.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, marginal 902.

LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS PERICIALES Y LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES*

Carmen Vázquez**
Universitat de Girona

RESUMEN. En este artículo se analizan diversos criterios de admisibilidad a que puede ser sometida una prueba pericial de parte y que están relacionados con la calidad de la información presentada, las capacidades del juzgador que conocerá del caso y el propio contexto jurídico procesal. Antes se discute si es necesario adoptar medidas paternalistas sobre el juzgador o si es indispensable contar con expertos de origen imparcial a efectos de solucionar parte de los problemas que genera el uso del conocimiento experto en el proceso judicial.

Palabras clave: Prueba pericial de parte, admisibilidad, paternalismo epistémico, imparcialidad.

The Admissibility of Expert Evidence and the Rationality of Judicial Decision-Making

ABSTRACT. The paper reviews the admissibility of expert evidence offered by parties. It argues about three different criteria involved in the task, which are related with the reliability of the information presented, the judge abilities and the characteristics of the judicial arena. It also analyzes if any kind of epistemic paternalism is necessary or if to look for impartial experts solves at least some of the problems originated by the use of expert knowledge on trial.

Keywords: Expert evidence, admissibility, epistemic paternalism, impartiality, proof.

---

* Fecha de recepción: 30 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.

** Para llevar a cabo esta investigación he contado con el apoyo del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad «Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño» (DER2014-52130-P).

Agradezco la cuidadosa lectura de este trabajo y todos sus enriquecedores comentarios a Marcela Araya, Carolina Fernández Blanco, Mercedes Fernández López, Jordi Ferrer Beltrán, Raymundo Gama, Pedro Haddad y Diego Papayannis. Pude exponer una versión previa de este trabajo en el XXI Seminario Hispano-Franco-Italiano de Teoría del Derecho en la Universidad de Alicante, por lo que quiero agradecer también a todos los participantes por su fructífero debate.

Es un lugar común empezar un artículo con alguna pretensión filosófica sobre el razonamiento probatorio en el derecho diciendo que aun cuando durante mucho tiempo éste no fue objeto del interés de los filósofos, en los últimos años ha crecido significativamente la atención que se le ha dedicado. Sin embargo, es notorio que los análisis que adoptan dicha perspectiva iusfilosófica del razonamiento probatorio se han centrado muy especialmente en la valoración de la prueba y la toma de decisión sobre los hechos, obviando la importancia de decisiones judiciales anteriores como, por ejemplo, la de la admisibilidad de las pruebas que conformarán el conjunto de elementos de juicio del que dispondrá el juez para resolver un proceso judicial.

La atención en la racionalidad de la valoración de la prueba tiene sus raíces en la asunción de que ésta es la mejor garantía de la mayor aproximación entre lo que resulta probado en el procedimiento y la verdad sobre los hechos. Sin embargo, si aceptamos que el objetivo de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, éste tiene un impacto fundamental en la decisión sobre la admisibilidad de las pruebas: el principio fundamental resultante, llamado principio de inclusión, impone que entre al proceso la mayor cantidad de pruebas relevantes, de tal modo que aumente la probabilidad de que la decisión fáctica del juez sea correcta, *i. e.*, acorde con la verdad sobre los hechos.

El criterio fundamental para decidir la admisibilidad de una prueba es, pues, su relevancia (o, si prefiere, su pertinencia) y ésta está relacionada con la probabilidad de *acierto* en la decisión[1]. Es decir, el aumento de información relevante puede aumentar la probabilidad de la hipótesis, pero puede disminuirla o incluso no alterarla; sin embargo, pareciera que *algo* aumenta si disponemos de más información, pues se tiene una base más sólida para fundar la conclusión (KEYNES, 1920: 71)[2]. No abordaré en este trabajo el concepto de relevancia de la prueba, sino que lo daré por presupuesto. Vale la pena decir, sin embargo, la relevancia es una condición necesaria, pero en muchos casos no suficiente para la admisibilidad de cualquier elemento de prueba. En efecto, los sistemas jurídicos han establecido tradicionalmente un cúmulo más o menos extenso de excepciones al principio general de inclusión de las pruebas relevantes, dando como resultado la exclusión de pruebas *pese* a su relevancia[3]. En definitiva, para que un elemento de prueba sea admisible muchas veces debe satisfacer una variedad de demandas *adicionales* a la relevancia.

---

[1] Estoy presuponiendo que una prueba es relevante si hace más o menos probable un hecho jurídicamente relevante.

[2] En general, los estudiosos de la prueba e incluso algunos ordenamientos vinculan el concepto de relevancia con el de valor probatorio y, con ello, se alude a la probabilidad de la hipótesis fáctica que se pretende probar. Un excepción a esto es FERRER (2007: 68) quien también considera que «cuánta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión». Está aquí presupuesta una distinción planteada por KEYNES (1920: 71) en la comparación cuantitativa de argumentos entre el aumento de probabilidad de acierto en la decisión y el aumento de la probabilidad de la hipótesis sobre los hechos a probar.

[3] Quizá en los sistemas de derecho romano-germánico la que más atención ha recibido en los últimos años sea la de la licitud de la prueba, excluyéndose, entonces, toda prueba ilícita pese a su relevancia. Ahora bien, tampoco es extraño que en diversos sistemas, como el español, por ejemplo, la exclusión de la prueba ilícita se determine en la sentencia del caso y no en una etapa previa del procedimiento.

Las reglas que imponen estas excepciones contribuyen de forma decisiva a lo que FERRER (2007: 42) considera «la clave de la especificidad jurídica de la prueba jurídica [radicada en que] el conjunto de los elementos a valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles». En términos generales, esto es así por diversas limitaciones procesales como los plazos temporales para la presentación de pruebas o la participación de las partes en la conformación de ese subconjunto. Pero, ¿tienen cabida otros criterios de admisibilidad de las pruebas que faciliten la averiguación de la verdad?, y ¿qué justificación encontramos en aquellos criterios que obstaculizan de alguna manera la averiguación de la verdad?

Como es bien sabido, las decisiones de admisibilidad se realizan respecto de *cada una* de las pruebas que son ofrecidas y a ellas se aplican algunos criterios generales y otros específicos para algunos tipos de prueba. En este trabajo dedicaré mi atención a los requisitos específicos que versan sobre un medio de prueba que en los últimos años ha adquirido gran protagonismo en el escenario procesal: la prueba pericial. Mi decisión no se funda sólo en ese papel protagónico sino también porque se ha considerado que al ser una prueba supuestamente distinta al resto de elementos de juicio amerita un tratamiento diferente sobre todo respecto su admisibilidad. Así pues, para responder a las dos preguntas planteadas en el párrafo anterior me ceñiré al análisis de diversos criterios que se han considerado para la admisibilidad de las pruebas periciales.

Quienes están familiarizados con el tema del conocimiento experto en el proceso judicial saben que la sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*[4] constituye un hito en el análisis de las pruebas periciales y que su influencia ha rebasado fronteras, siendo múltiplemente «trasplantada» a otros sistemas jurídicos con características diversas. Precisamente una de las consecuencias positivas que ha tenido el interés teórico suscitado en los países de tradición romano-germánica por dicha sentencia es la puesta en la agenda de la admisibilidad y algunos de los posibles criterios para determinarla.

En los países del *common law* las reglas de admisibilidad suelen ser vistas como una técnica probatoria para controlar la calidad de la información con que decidirá el juzgador de los hechos, quien no tiene la obligación de motivar sus decisiones y, por ello (aunque no sólo por ello), la sentencia del caso *Daubert* estableció una serie de indicios que los jueces podrían observar para tomar la decisión de admitir o excluir una prueba pericial *en función de su calidad*[5]. No me interesa aquí ahondar en esos indicios ni en detalles del sistema estadounidense o su experiencia con la prueba pericial[6]; mi interés, más bien, se enfocará en plantear un panorama más general sobre los posibles controles a implementar en esta etapa probatoria como decisiones previas que pueden

---

[4] *Daubert v. Merell Dow Pharms., Inc.* (Daubert III), 509 U.S. 579 (1993).

[5] Al respecto, puede consultarse ROBERTS y ZUCKERMAN, 2004: 305. Y, ésta, desde luego, es una diferencia importante con nuestros sistemas, en donde la calidad de las pruebas es objeto de la valoración de las mismas (y no de su admisión).

Por otro lado, vale la pena notar la incongruencia (generalizada) al buscar criterios pretendidamente objetivos para la valoración de la prueba pericial y, a la vez, defender modelos de la toma de la decisión final sobre los hechos basados en la consciencia, las creencias o la convicción subjetiva del juez que decide el caso. Por el contrario, un modelo congruente, y correcto, debería optar por concebir en ambos niveles pautas de racionalidad acordes con el objetivo de la institución probatoria: la averiguación de la verdad.

[6] Ése es parte del objetivo de otro trabajo, VÁZQUEZ (2015); *vid.* concretamente el capítulo 2.

resultar determinantes para la práctica y la valoración de estos elementos de prueba (incluido, por ejemplo, si es necesario controlar de alguna manera la calidad de las pruebas periciales para su admisión).

Para ello me centraré fundamentalmente en la prueba pericial de parte. Dejo de lado a la prueba pericial que es realizada por un experto seleccionado de alguna manera por el juez[7], dado que en esta categoría de pruebas periciales el juez no necesariamente hace un juicio de admisibilidad en sentido estricto, sino que decide *designar* al perito correspondiente (aunque sea, en ocasiones, a petición de alguna de las partes)[8].

Una vez delimitado el tema y mis objetivos, sugiero el siguiente itinerario. Antes he dicho que se ha llegado a considerar a la prueba pericial como una prueba distinta al resto, dicha diferencia se hace radicar en que el juez no tiene los conocimientos expertos necesarios para evaluar adecuadamente al perito. Bajo este supuesto se han planteado, al menos, dos posibles estrategias que es necesario analizar primero: el paternalismo epistémico y la imparcialidad del perito. El primero suele ser concebido como un mecanismo de exclusión de información con la pretensión de evitar malas decisiones por parte del juzgador de los hechos; el segundo, como un criterio suficiente para justificar el uso de información experta en la decisión fáctica y, por ello, también como una característica de los expertos a proteger desde su admisión a juicio.

Tanto el paternalismo epistémico como la imparcialidad del perito resultan una especie de meta-criterio que podrían subordinar de una u otra manera el tratamiento de la prueba pericial desde su admisibilidad. Sin embargo, el objetivo de este trabajo es cuestionar los posibles fundamentos del paternalismo epistémico e identificar diversos sentidos de «(im)parcialidad» que ameritan un tratamiento diverso en las distintas etapas procesales. Hecho esto, entonces, analizaré posibles criterios (adicionales a la relevancia) que podrían usarse para decidir la admisibilidad de la prueba pericial y que tienen que ver con el sujeto que decide, la calidad de la información experta que pretende introducirse y el contexto jurídico-procesal en que tienen lugar.

1. EL PATERNALISMO EPISTÉMICO

REDMAYNE (1998: 6) asocia la decisión de admitir o excluir pruebas periciales de parte a la concepción que se tenga sobre las capacidades cognitivas del juzgador de los hechos para atribuirle a las pruebas el valor que les corresponde, distinguiendo entre un modelo de confianza en el juzgador de los hechos y otro de desconfianza en él. Así, se establecerían controles de admisión de estos elementos de juicio si y sólo si se desconfía de las capacidades cognitivas del juzgador. Dicha desconfianza se muestra

[7] El perito de confianza del juez, en mi opinión, constituye una categoría distinta. Su distinción radica precisamente en su designación y es que considero que el nombramiento de este tipo de peritos debería hacerse teniendo el juez ya *razones para creer en él;* y tales razones se deben fundamentar en la confiabilidad del perito. De ahí que prefiera llamarlos «peritos de confianza de los jueces» y no «peritos oficiales» o «peritos del juez». Sin embargo, esto no será objeto de análisis de este trabajo.

[8] Cuando las partes solicitan al juez que nombre un perito porque consideran que ciertos conocimientos expertos son relevantes para la toma de decisión sobre los hechos, entonces sí que cobra sentido hablar de un juicio de admisibilidad por parte del juez.

especialmente en los sistemas del *common law*, donde se suele presuponer un juzgador de los hechos pasivo, que no tiene facultad para preguntar al experto (éste es preguntado frente al jurado, mas no por el jurado mismo) y, por ello, se pretende asegurar que la deferencia que un juzgador de los hechos pueda tener hacia las pruebas periciales se dirija al menos hacia pruebas sólidas (REDMAYNE, 2001: 125 y ss.)[9].

La desconfianza en las facultades cognitivas del juzgador de los hechos (como categoría, no en concretos individuos) podría resultar en al menos dos tipos de decisiones: cambiar a los sujetos que deciden intentando tener sujetos más capacitados para realizar tal tarea o adoptar decisiones paternalistas sobre las decisiones del sujeto que realiza dicha tarea. La primera estrategia supone cuestionar categorías de sujetos, no individuos en particular (por ejemplo, los jurados o los jueces, etc.) y pretendería cambiar precisamente a tales decisores (*v. gr.* que ya no decidan los jurados sino los jueces, que ya no decidan los jueces sino los expertos, etc.) La segunda estrategia es identificable bajo el rótulo de paternalismo epistémico y pretende proteger al decisor de sus malas decisiones guiando de alguna manera la propia toma de decisión.

El paternalismo epistémico se ha venido sugiriendo en el ámbito de la prueba pericial como una política hacia los juzgadores de los hechos para protegerles de ellos mismos, dado el supuesto impacto que podría causar en su razonamiento la admisión de elementos de juicio de carácter experto[10], pese a la relevancia de éstos para la resolución del caso en cuestión. GOLDMAN (1991) hace referencia de la siguiente manera al paternalismo epistémico hacia los juzgadores de los hechos:

> Si, en opinión de los legisladores, una cierta categoría de elementos de juicio suele inducir al jurado a error, ellos están facultados para exigir o permitir que tales pruebas se mantengan fuera del alcance de los jurados. Éste es un ejemplo de lo que llamo paternalismo epistémico. [...] El tribunal sustituye con su propia expectativa sobre el error del jurado la expectativa del jurado mismo, quienes quizá hubiesen [habiendo estado facultados para hacerlo] aceptado información sobre el carácter del acusado, sus antecedentes penales o sobre su retractación de un reconocimiento de culpabilidad previo, considerando que probablemente reduciría su probabilidad de error.

Es decir, bajo el presupuesto de que en determinadas condiciones el juzgador de los hechos cometerá errores, por ejemplo, porque sus miembros pueden tener un *background* conformado por creencias falsas o porque su habilidad para sacar conclusiones adecuadas de las pruebas es más bien deficiente, entonces se *limita* su autonomía epistémica con el *fin* de obtener resoluciones verdaderas sobre el caso en cuestión. En el ejemplo citado por GOLDMAN, dicha limitante es impuesta por el legislador y ejerci-

---

[9] La descripción del jurado como un juzgador de los hechos pasivo no alude a una voluntad de éstos para permanecer de tal forma, evidentemente, sino al cúmulo de reglas que evitan conductas que consideraríamos razonables fuera del ámbito jurídico procesal, como hacer las preguntas necesarias cuando haya dudas o hacer inferencias a partir de determinados hechos, etc. *Vid.* LAUDAN (2006) para un análisis sobre estas cuestiones en materia penal en los Estados Unidos.

En España, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 46.1 sí permite a los jurados plantear preguntas a los peritos, aunque éstas se realizan a través del magistrado que preside el juicio, previa su evaluación de la pertinencia de éstas.

[10] La idea de «protegerse de ellos mismos» es de HART (1966: 123). Aunque HART se refería al paternalismo concerniente al razonamiento práctico, la idea es aplicable en términos generales al tipo de paternalismo relacionado con el razonamiento teórico, que es el que aquí nos interesa.

tada por un juzgador profesional que «protege» al jurado de sí mismo seleccionando la información que éste conocerá[11].

Éste es precisamente el ejemplo paternalista en que me centraré, dado que es la estrategia sugerida por varios teóricos [como, por ejemplo, DUCE (2010: 48 y 2013: 55)o GASCÓN, LUCENA y GONZÁLEZ (2010: 12)]. Por supuesto, podrían discutirse los medios mediante los cuales se ejercería, en caso necesario, el paternalismo epistémico en el ámbito probatorio, entre los cuales, pueden concebirse al menos los tres siguientes:

a) Que el juzgador de los hechos no tenga conocimiento alguno de la existencia de ciertas pruebas.

b) Que aunque conozca de su existencia, no tenga contacto con ellas, *i. e.*, no conozca la información que aportan.

c) Que teniendo conocimiento de su existencia y contacto con ellas, se indique al juzgador de los hechos el valor probatorio que le debe asignar.

Evidentemente la primera de las estrategias es la más contundente, eliminando cualquier posibilidad de «contaminación» por parte del juzgador de los hechos[12]. Y, en cambio, dentro de la tercera opción y como un medio menos costoso podría pensarse en que se le diesen al juzgador de los hechos algunas instrucciones concretas sobre las pruebas en cuestión sin que éstas sean excluidas. Sin embargo, cuando se plantean acciones paternalistas en el tema de la prueba pericial se considera fundamentalmente la primera estrategia y de aplicación a todos los jueces[13].

En el ámbito del proceso judicial estadounidense, autores como por ejemplo LEITER (1997) y ALLEN y LEITER (2001) han defendido que ciertas reglas probatorias de su sistema no están diseñadas para «conocedores ideales» sino para «conocedores reales», por lo que éstas:

> toman en cuenta las deficiencias epistémicas de los jurados, tales como su susceptibilidad a la confusión y el prejuicio o su generalmente modesto nivel de habilidad intelectual. [...] La regla probatoria que excluye pruebas no-científicas es una regla epistémica primaria en el sentido en que se establece asumiendo que los jurados deben ser «protegidos» de la ciencia basura en la formación de creencias sobre los hechos en disputa.

---

[11] Aunque bien podría sostenerse que en el caso de un proceso judicial el objeto de protección serían las partes en litigio y/o la sociedad en general (GOLDMAN, 1991), creo bastaría con sostener, como en todo paternalismo epistémico, que el interés es la verdad (o la formación de creencias verdaderas) con relativa independencia de los posibles fines epistémicos de los sujetos de la relación.

[12] Vale le pena llamar la atención sobre el hecho de que en sistemas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, la supuesta contaminación aún podría ser controlable sin necesidad de excluir elementos de juicio por ello. Esto obviamente presupondría un correcto funcionamiento de la motivación: que de hecho los jueces justifiquen sus decisiones y no que únicamente expliquen el íter mental que les llevó a tomar una decisión o, peor aún, que únicamente hagan una especie de resumen con el contenido las pruebas, etcétera.

Por otro lado, conocer la justificación que brinda un juzgador sobre las decisiones judiciales que toma permitiría también hacer diversas investigaciones empíricas, entre ellas, saber cómo de hecho valoran los jueces las pruebas periciales en general.

[13] No se habla de un juzgador en concreto, sino de los juzgadores en general y de una estrategia normativa. En este sentido, por ejemplo, LEITER (1997: 803) define el paternalismo en función de las reglas: «El paternalismo en cualquier ámbito de la regulación jurídica supone que las reglas deben sustituir los juicios de los agentes mismos por el juicio de los legisladores acerca de qué es lo mejor para esos juicios. El paternalismo epistémico sustituye con el criterio de los legisladores respecto a qué es lo mejor epistémicamente para los agentes en su propio juicio».

Entre los problemas teórico-prácticos que pueden plantearse en esta discusión se encuentra el concepto de «paternalismo», su justificación, y los aspectos particulares que caracterizarían al paternalismo epistémico[14]. La primera cuestión es ya un complejo debate que supera con mucho mis objetivos, me basta aquí con tener una noción de paternalismo que permita plantear el escenario de los problemas a abordar; para ello adoptaré el esquema planteado por ALEMANY (2005: 273), dada su claridad y sencillez:

> 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[15].

Bajo este esquema, diríamos que el modo en que se ejerce la acción paternalista es siempre un «ejercicio de poder». Pese al debate que pueda generar la propia noción de «poder», basta aquí con suponer que cualquier ejercicio de éste por A se orienta intencionalmente a la obtención de algún comportamiento de B y que A puede ser responsabilizado de dicho ejercicio[16]. Una discusión distinta es cuáles son o deberían ser los concretos *medios* por los cuales se lleva a cabo dicho ejercicio de poder, *v. gr.* el engaño, la coacción, etcétera.

Respecto al numeral dos, como bien dice ALEMANY, no todo ejercicio de poder es paternalista, así que es necesario considerar la finalidad concreta de dicho ejercicio: evitar un daño[17], básicamente diferenciándolo del objetivo de la promoción de intereses más allá de cierto umbral mínimo o de intereses ulteriores.

Siguiendo entonces el esquema de ALEMANY, diríamos que también en el ámbito probatorio una acción paternalista epistémicamente es un ejercicio de poder y el agente que la ejerce debería poder ser responsabilizado. Por ello, por ejemplo, las partes al no tener poder sobre el juez no podrían ejercer acciones paternalistas. ¿Quién podría ejercerlas? La respuesta dependerá de la estructura orgánica prevista en cada sistema procesal; pero, obviamente tendrá que hacerse por *un agente distinto* a aquel en quien recae la medida paternalista, es decir, del juzgador de los hechos.

En cuanto al daño que se trataría de evitar mediante el paternalismo epistémico sería, precisamente, un daño epistémico (o de origen epistémico): la toma de una decisión probatoria incorrecta dado su fundamento en una creencia falsa. Así, podría de-

---

[14] Puede verse un análisis sobre el paternalismo jurídico, en castellano, en GARZÓN VALDÉS (1993); ATIENZA (1988); ALEMANY (2005 y 2006); y, más recientemente, MANIACI (2012).

[15] Pese a que, además de no considerar al paternalismo epistémico entre los tipos de paternalismo que identifica, ALEMANY (2005: 272) dice explícitamente que «[su] propuesta es, en todo caso, restringir el uso del término paternalismo a la evitación de daños físicos, psíquicos y/o económicos», aquí extenderé esa idea a daños producidos por ciertos tipos de errores cognoscitivos.

Por otro lado, para otras discusiones sobre la definición de «paternalismo», *cfr.* SARTORIUS, 1983; FEINBERG, 1986; GARZÓN VALDÉS, 1993; G. DWORKIN, 2002.

[16] En términos generales éste es el planteamiento de ALEMANY (2005: 268 y ss.) que, para tales efectos, recurre a la distinción entre «poder» e «influencia» de R. ZIMMERLING. Así, termina afirmando que explica el ejercicio del poder como aquel orientado *intencionalmente* a obtener un *comportamiento* de otro; que es posible ejercer el poder por medio de la influencia; y que el ejercicio del poder conlleva *responsabilidad* por parte de quien lo ejerce, aun cuando dicho poder se ejerza mediante la influencia.

[17] Qué es un daño es una cuestión también debatible. Algunos lo identifican como un perjuicio a un interés legítimo, otros a la frustración de expectativas legítimas y, una tercera vía, como una acción contraria a los derechos de un individuo (J. L. COLEMAN, 1992: 288).

cirse que una acción es paternalista epistémicamente si tiene como objetivo evitar que B razone incorrectamente sobre qué cuenta a favor de una creencia, dado que hacerlo supondría un incremento del riesgo de error. Entonces, por ejemplo, no buscaría imponer el uso del casco a los motociclistas para protegerles evitando un daño, sino que el motociclista no considere cierto tipo de información que supuestamente le llevaría a creer (erróneamente) que dejar de usar casco no es peligroso[18].

Obsérvese que lo anterior supone el objetivo de llegar a la verdad en el ámbito probatorio y, por ello, la finalidad de una acción paternalista epistemológicamente debería ser evitar incrementos en el riesgo de error (como la formación de creencias falsas)[19].

Pero, ¿cuándo está justificada una acción paternalista? Antes de responder a ello, vale la pena notar que «paternalismo» es un concepto neutro, no intrínsecamente valorativo, *i. e.*, no es ni positivo ni negativo en sí mismo[20]; y, esta neutralidad genera como resultado la distinción entre paternalismo justificado e injustificado. Podría hablarse de al menos dos tipos de justificación no necesariamente coincidentes, una *a priori* y otra a *posteriori*. Una justificación *a priori* se orientaría a presentar como aceptables este tipo de políticas sobre un sujeto, dado que éstas le evitarían daños dada su incapacidad, déficit, debilidad o incompetencia relevante; mientras que una justificación *a posteriori* del paternalismo, dependería de una evaluación de los resultados o consecuencias, es decir, de si se lograron los fines buscados[21].

Me interesa aquí fundamentalmente el primer tipo de justificación, aquella que atiende a las características, estado o situación del individuo a efectos de ejercer cierto paternalismo epistémico sobre él y, como ya resulta obvio, concretamente en lo que hace a la prueba pericial.

Una pregunta que salta de inmediato es dónde radicaría la incapacidad de los juzgadores de los hechos, *i. e.*, de qué incapacidad se está hablando. En general, podría decirse que los factores relevantes a considerar serían cierto estado o condición del sujeto que supongan límites o déficits *cognitivos* traducibles en una tendencia al

---

[18] Así, por ejemplo, cuando GOLDMAN (1991: 119) piensa «en controladores de la comunicación que ejercen un paternalismo epistémico siempre que interpongan su propio juicio en lugar de permitir a la audiencia ejercer el suyo (todo ello asumiendo los objetivos epistémicos de la audiencia)», sólo tiene sentido si entendemos que está hablando exclusivamente del razonamiento teórico. De lo contrario, todo paternalismo sería «epistémico» y no cabría distinguir a éste como una especie del género «paternalismo».

[19] No toda creencia falsa *necesariamente* afecta a la búsqueda de la verdad. Piénsese como ejemplo en la revisión en segunda instancia de exclusión de pruebas, cuya posibilidad de obtener una decisión favorable depende de si se puede comprobar que tal prueba fue considerada por el juzgador de los hechos al momento de tomar su decisión. Vale recordar que en los juicios seguidos ante jurado que no tienen obligación de motivar su decisión, esto es imposible y por ello el procedimiento es distinto.

[20] Al respecto consúltese VAN DE VEER (1986: 16 y ss.). Y, en cambio, para una definición intrínsecamente evaluativa, *vid.* DWORKIN, 1972.

[21] A este tipo de justificación parece referirse GOLDMAN (1991). Es importante notar, como lo hace G. DWORKIN (2002), que «podría creerse que la pregunta sobre si se produce más bien que daño es simplemente una pregunta empírica. Depende de nuestro entendimiento sobre aquello que es benéfico para la persona. Si el bien incluye simplemente cuestiones como una larga vida, mayor salud, más ingresos o menos depresión, entonces sí que pareciera ser empírico. Pero si uno concibe que el bien de los individuos incluye cuestiones como ser respetado como un agente independiente, tener el derecho de tomar las decisiones por uno mismo o que no se infrinja la autonomía personal, entonces la pregunta sobre si un agente está mejor después de haber sido sujeto a cierto paternalismo es una cuestión en parte normativa».

error. Obsérvese que no se trata simplemente de errores ocasionales[22], sino de una cuestión más bien sistemática e incluso predecible. Y, claro, también deben diferenciarse estos errores de aquello que sobre juzgadores particulares enuncia DEVIS ECHANDÍA (1972: 61):

> [...] el riesgo de la pereza física y mental de algunos juzgadores, que no hagan uso de la facultad legal para criticar [a la prueba pericial], sino que se faciliten el trabajo rindiéndole un exagerado servilismo. Pero este riesgo existe igual con otros medios de prueba [que] pueden ser aceptados servilmente o sometidos a rigurosa crítica, según la competencia y la preparación de cada juez. [...] [Es] por esta razón que no puede esgrimirse este peligro como algo exclusivo de la moderna prueba técnica o científica.

De cualquier manera, primero habría que saber qué capacidades cognitivas podrían considerarse *relevantes* a efectos de analizar si los actuales decisores son o no cognitivamente competentes para realizar la función que se les ha atribuido, es decir, valorar las pruebas periciales (teniendo en cuenta, desde luego, que no se le pide al juez que compruebe o rehaga las operaciones periciales). Al respecto, por ejemplo, DWYER (2008: 108) considera que dado que al juzgador se le exige únicamente que acepte (o no) una prueba pericial, y no que la produzca[23], sólo tiene que valorar la calidad de la inferencia hecha inductivamente a partir de los hechos. Lo que, en su opinión, es considerablemente menos demandante epistemológicamente, pues bastaría con determinar que las decisiones inferenciales del experto son razonables[24].

Pero, aún más, una vez identificada la incapacidad relevante que se atribuya a los juzgadores de los hechos, la justificación del paternalismo epistémico exigiría disponer de datos empíricos sólidos que muestren la existencia de esa incapacidad, y no meras suposiciones al respecto. En el contexto anglosajón se han realizado ya varios estudios con el objetivo de comprobar o refutar que los *jurados* como juzgadores de los hechos son fácilmente impresionables cuando se les presenta una prueba etiquetada como «científica». Nótese que la incapacidad relevante aquí no es el seguimiento de inferencias como supone DWYER, sino una sobrevaloración de un tipo de pruebas periciales. Y los resultados de dichos estudios son contradictorios, de modo que mientras algunos confirman la hipótesis otros la refutan[25].

---

[22] Las causas de estos errores podrían ser sumamente variadas, como la mala memoria, la falta de atención, ciertas predisposiciones emocionales, la complejidad del caso o, incluso, la falta de habilidades de un juzgador concreto para cuestionar, etcétera.

[23] Lo que, en opinión de DWYER (2008: 108), implicaría que el experto que realiza la inferencia correspondiente identifique los elementos probatorios relevantes, tome decisiones apropiadas sobre las inferencias que podrían ser hechas a partir de tales elementos y asigne probabilidades adecuadas a éstas, además de establecer relaciones entre ellas.

[24] Dudar de la capacidad de los jueces para realizar inferencias tendría consecuencias que van mucho más allá de la prueba pericial, si aceptamos que todo el razonamiento probatorio es inferencial probablemente tendríamos que empezar a pensar en otro tipo de decisores o quizá de distintas estrategias normativas sobre la institución probatoria.

En el contexto jurídico-procesal, la capacidad natural ordinaria del ser humano para hacer deducciones y/o inferencias probabilísticas en general se ha discutido para justificar la libre valoración de la prueba; por ejemplo, desde la psicología se han hecho investigaciones sobre patrones *sistemáticos* o tendencia sistemática de error cognitivo en el razonamiento ordinario, *v. gr.*, la falacia de la afirmación del consecuente o la no consideración de probabilidades a priori. Al respecto, *vid.* un brillante artículo sobre la libertad en la valoración de las pruebas y su legitimidad en COHEN (1983).

[25] Puede verse un listado sumamente completo e interesante de los distintos tipos de estudios realizados en Estados Unidos en SCHAUER y SPELLMAN (2013).

Por lo que hace al contexto romano-germánico, ningún estudio de corte empírico ha sido realizado, que yo conozca, limitándose algunos autores a citar, como mucho, estudios realizados en el mundo anglosajón. Y ello sin tomar en consideración las características de los tipos de juzgador prevalecientes en uno y otro sistema, pese a que bien podría haber diferencias importantes entre un juzgador profesional y un jurado lego a efectos de identificar las deficiencias relevantes, por ejemplo. Y también en el ejercicio de las medidas paternalistas, considerando que en nuestros sistemas la gran mayoría de las veces la admisibilidad de las pruebas se decide por el mismo sujeto que las valora o, bien, que tanto el juez que admite pruebas como el que las valora son juzgadores profesionales.

Entonces, para concluir con el paternalismo epistémico, si no tenemos información empírica sólida sobre las incapacidades relevantes que dé sustento al ejercicio de poder que constituye una medida paternalista, antes de cuestionar con meras suposiciones las capacidades de los jueces para valorar la prueba pericial, habría que preocuparse por ofrecerle mecanismos procesales adecuados para mejorar su situación cognoscitiva y facilitar su labor cuando se trata de pruebas periciales (desde luego no sólo respecto de éstas). Y si hecho esto se llegase a justificar alguna medida paternalista, aun cabría debatir qué acciones paternalistas son las más adecuadas, pues no necesariamente consisten en excluir pruebas que puedan aportar información relevante.

2. LA IMPARCIALIDAD DE LOS PERITOS

En los sistemas de tradición romano-germánica uno de los criterios más usados, tanto para decidir la admisión de pruebas periciales como para su valoración, ha sido la imparcialidad del perito, entendida, en términos sumamente generales, como la ausencia de un tipo de relación con las partes. Dicha relación podría establecerse, por ejemplo, por la forma en que es seleccionado el perito o incluso por quién debe pagar sus honorarios o en función del acuerdo entre las partes en el contenido del peritaje, etcétera.

Tanto la jurisprudencia como la dogmática suelen derivar de esa ausencia de relación del *perito* con una de las partes una serie de consecuencias sobre el contenido o resultado de la prueba pericial, sin explicitar mayor fundamento para la inferencia respectiva. Como ejemplo consideremos la sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de noviembre de 1998:

> Todo acto declaratorio de ruina legal encuentra su causa en una situación de hecho para cuya apreciación son esenciales los informes periciales, a valorar —art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo uno de los *criterios básicos* a tener en cuenta, el de la *independencia* de los técnicos autores de los informes, respecto a los intereses en juego, lo que, desde luego, *viene a servir de suficiente garantía a la imparcialidad de sus apreciaciones*, siendo evidente que conforme a ese criterio, los dictámenes presuntamente *más objetivos* son, en principio, los de los técnicos municipales y los de los peritos procesales nombrados por insaculación o por acuerdo entre las partes...

O el criterio histórico también de la jurisprudencia española que afirma que «deben preferirse los dictámenes [emitidos] por organismos oficiales o por peritos no designados por las partes»; «que la pericia judicial *se antoja más objetiva e impar-*

cial que la pericial de parte, la cual adolece de excesiva complacencia para quien la contrató»[26].

Y, en la dogmática, BOTTER (1982: 84), entre otros muchos, enumera las supuestas ventajas que tiene un perito imparcial de designación judicial: ayuda al juez de los hechos a llegar a un resultado correcto, aumenta la predictibilidad de las decisiones, ayuda en la valoración del caso, pone a disposición expertos cualificados y fiables que, de otra manera, se rehusarían a participar y provee de un peritaje que disminuirá el tiempo del proceso. No hace falta mucho para advertir los *non sequitur* del argumento de BOTTER; así, por ejemplo, un perito imparcial podría generar resultados incorrectos, un perito imparcial podría no ser el más cualificado para el caso concreto, etcétera.

Sin embargo, centrar la atención únicamente en la imparcialidad obvia muchos de los problemas periciales más importantes que surgen en un proceso judicial: los desacuerdos genuinos entre expertos[27]; los posibles errores cognitivos (de buena fe, si se quiere agregar) del perito imparcial; y, por supuesto, la incompetencia de muchos supuestos peritos que podrían ser completamente imparciales.

Pero, un problema básico es que ninguno de estos autores ni criterios jurisprudenciales toma en cuenta la ambigüedad del término «parcialidad» (y correspondientemente de su antónimo «imparcialidad»). En mi opinión, es posible distinguir al menos tres posibles sentidos de «parcialidad»:

a) Como relación directa con una de las partes por su selección.
b) Como disposición motivacional para favorecer a alguien.
c) Como la presencia de sesgos cognitivos dadas ciertas predisposiciones cognitivas y/o información deficiente[28].

Haré referencia a estos tres sentidos como parcialidad de origen, parcialidad disposicional y parcialidad cognitiva, respectivamente[29]. Como se verá, en mi opinión, sólo las dos primeras son abordables en la admisibilidad de las pruebas periciales, mientras la última lo es en la práctica de éstas; al no distinguirse los distintos sentidos de «imparcialidad», por ejemplo, se termina convirtiendo una característica intrínseca de la pruebas periciales de parte (parcialidad de origen) en una cuestión que injustificadamente termina disminuyendo su valor probatorio.

---

[26] Sentencia de 21 de junio de 1983 del Tribunal Supremo español y STS de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de diciembre de 2004 respectivamente. También puede verse, por todos, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI (2008: 368-377) y ABEL LLUCH (2009: 140 y ss.), citando además amplia jurisprudencia española sobre esta preferencia.

[27] La distinción de los diversos sentidos de parcialidad permite un análisis más completo del problema de los desacuerdos entre peritos, que suele verse exclusivamente como el resultado de la relación de al menos uno de ellos con alguna de las partes (parcialidad de origen). Sin embargo, no todo desacuerdo entre expertos tiene que ver con un tipo de parcialidad y no necesariamente debe haber desacuerdo entre peritos que tengan, por ejemplo, una parcialidad de origen. Pensar en los desacuerdos como algo que sólo se da cuando hay algún tipo de parcialidad no permite explicar, y tal vez mucho menos prever mecanismos para afrontar, un desacuerdo entre dos peritos imparciales de origen, situación que pareciera ser común en la práctica.

[28] Es importante diferenciar, en la medida de lo posible, las preconcepciones de los prejuicios. Podría decirse que las primeras están relacionadas con cómo conocemos o cómo percibimos el mundo, mientras los segundos son una cuestión psicológica cuyas fuentes o causas son extremadamente variadas.

[29] Podría incluso aludirse a estos diversos tipos de parcialidad con términos distintos como la neutralidad o la independencia. Sin embargo, en el discurso sobre la prueba pericial se usa fundamentalmente el término «imparcialidad».

Por otro lado, es posible que los dos primeros tipos de parcialidad, a diferencia del tercero, dependan en un sentido más fuerte de la voluntad del perito; la parcialidad debida a sesgos cognitivos, en cambio, podría ser fácilmente remediable si el experto asumiera dicha falta y, por ejemplo, incorporara la información faltante a su análisis o reevaluara sus resultados en función de la falta de información. Aunque los tres tipos podrían estar relacionados, es importante diferenciar el tipo de parcialidad que está en juego, incluso porque los mecanismos procesales necesarios para abordar o controlar uno u otro tipo son muy diversos.

La jurisprudencia y la doctrina al tratar la imparcialidad del perito se suelen concentrar en la imparcialidad de origen, con lo que *conceptualmente* el perito nombrado por el juez es imparcial y el de parte es parcial en ese sentido. El perito nombrado por las partes sufre de una parcialidad de origen estructural, dado que si lo que aquél concluye no favorece a la parte que pretende introducirlo a juicio, ésta simplemente no lo presentará; a diferencia del perito seleccionado de alguna manera por el juez. Favorece a esto, además, que el cúmulo mayor o menor de operaciones periciales que los expertos seleccionados por las partes deban realizar a efectos de sus conclusiones (o afirmaciones testimoniales), son realizadas fuera del proceso y sin mayores controles judiciales.

Ahora bien, las circunstancias anteriores no necesariamente implican una parcialidad disposicional ni cognitiva del perito de parte. Si no distinguimos los distintos tipos de parcialidad, resultaría bastante difícil dar cuenta de los casos en que el peritaje ofrecido por un perito parcial de origen es correcto o los casos en los que un peritaje ofrecido por un perito imparcial de origen es incorrecto. Como parece evidente, los problemas de la prueba pericial son mucho más amplios que aquello que la imparcialidad de origen puede abarcar y/o resolver.

Diversos sistemas jurídicos han acudido a una especie de juramento del perito o de sanciones civiles, administrativas, penales, etc., como medida para proteger la imparcialidad pericial. ¿Qué parcialidad podrían cubrir? Las normas que regulan el perjurio o el falso testimonio pueden ser vistas como un incentivo para *no mentir*, pero en sí mismas no garantizan la verdad o la falsedad de la prueba pericial. Por ello, no se trata sólo de una discrepancia entre el dicho pericial y la verdad, sino que la idea de falsedad en juego implica un conocimiento de la verdad y la manipulación voluntaria o consciente y/o evitable de los datos. Incluso si aceptáramos que el juramento es una manifestación de «autocontrol del perito», éste podría estar diciendo lo que considera verdadero y, no obstante, estar equivocado[30]. Por ello, tanto el juramento como las sanciones por falso testimonio bien pueden ser reconstruidos como un mecanismo procesal tendente a evitar la parcialidad *disposicional*.

Más difícil de identificar y abordar es la parcialidad cognitiva que, algunas veces, podría no depender de la voluntad del perito o ni siquiera ser consciente de ella; pensemos, por ejemplo, en que el perito de parte a menudo realiza sus informes con base en la información que le provee quien le contrata y, por solo ese hecho, dicha infor-

[30] Por supuesto, luego está el problema de determinar que el perito sabía la verdad que fue manipulada. Y también el de que formulara enunciados falsos pero evitara formular otros verdaderos que conocía y no expresó.

mación puede ser sólo parte de toda la información relevante que el experto hubiese podido considerar o tener acceso a ella. Ahora bien, en mi opinión la mejor etapa para identificar este tipo de parcialidad no es la admisibilidad de la prueba sino su práctica, puesto que es entonces cuando el juez conoce mejor el caso y, sobretodo, cuando tiene posibilidad de cuestionar la completitud de las afirmaciones periciales, contrastar las pruebas disponibles, etc. Esto supone la práctica de la prueba mediante el principio de contradicción *en su doble faceta*, es decir, como herramienta de control de las partes y como herramienta cognoscitiva del juez. Lo que, a grandes rasgos, supone a su vez que el perito acuda a la audiencia respectiva a explicar (no sólo a ratificar o repetir oralmente su informe) y que tanto las partes como el propio juez puedan preguntar todo aquello que lleve a una mejor comprensión de las afirmaciones realizadas[31].

Este epígrafe inició con ejemplos sobre cómo ha sido (muy positivamente) considerada la imparcialidad pericial en la valoración de este tipo de pruebas; sin embargo, podemos concluir que todos ellos presuponen una concepción demasiado tosca de la imparcialidad. Pues si bien la imparcialidad de origen es constitutiva del perito de confianza del juez y, por el contrario, el perito de parte sufre de una parcialidad de origen; finalmente, ambos tipos de peritos pueden aun ser parciales disposicional y cognitivamente, con independencia de su origen. Los jueces y tribunales deberían considerar sobretodo la imparcialidad cognitiva a efectos de atribuir valor probatorio a una prueba pericial y ejercer los mecanismos procesales dotados por el legislador para evitar la imparcialidad motivacional, mientras las partes siguen ejerciendo su derecho a elegir y presentar al perito que mejor les convenga (y ello sin tener como resultado que con independencia de cuán buen peritaje presenten siempre tenga un valor probatorio menor).

3. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD PARA LA PRUEBA PERICIAL DE PARTE

Las razones para hacer adiciones al criterio de relevancia a efectos de admitir una prueba podrían ser sumamente variadas; sin embargo, en términos generales podemos distinguir entre aquellas relacionadas con la averiguación de la verdad y aquellas relacionadas fundamentalmente con decisiones de política pública independientes de la averiguación de la verdad. Entre estas últimas, el ejemplo paradigmático lo constituye la exclusión de las llamadas pruebas ilícitas[32]. Ahora bien, si se defiende que uno de

---

[31] No es lugar para ahondar en las dos facetas del principio de contradicción, sin embargo es necesario decir cuando éste es comúnmente considerado de forma exclusiva como una herramienta de control de las partes, tanto hacia la información presentada por su contraparte como hacia el razonamiento que hasta esa etapa realiza el juzgador. Que las partes se critiquen mutuamente sus elementos de juicio puede servir al juzgador para valorar mejor la calidad de dichas pruebas, aunque esto supone un escenario en el que se discuta seriamente el contenido y la calidad de las pruebas. Es decir, sólo si las partes realizan una adecuada práctica de las pruebas en contradicción entonces éste podrá desplegar sus funciones epistémicas. Pero, ¿qué pasa en aquellos casos en que las partes no realicen tal trabajo o, aun realizándolo, el juez no tiene la información que requiere? Es en la práctica de la prueba pericial donde el juez tiene la posibilidad de disipar cualquier duda sobre la información experta presentada por las partes o incluso desafiar él mismo las afirmaciones realizadas por el perito, y por ello el principio de contradicción como herramienta de control de las partes debe completarse con la faceta como herramienta cognoscitiva del juzgador de ese mismo principio.

[32] Lo menciono sólo como ejemplo, pero debo advertir que nada diré sobre el criterio de licitud de las pruebas periciales de parte ni de ningún otro tipo de elementos de prueba, cuyo análisis sobrepasa los límites de este trabajo.

los objetivos primordiales de un proceso judicial es la averiguación de la verdad, una discusión muy relevante es el costo que supone para ésta la exclusión de pruebas relevantes por razones no-epistémicas[33], además de las discusiones sobre la eficacia de la exclusión para alcanzar los objetivos que se buscan con ello y/o si estos no pudiesen ser alcanzados mediante otros mecanismos menos costos para la averiguación de la verdad.

Pues bien, todas estas discusiones cobran suma importancia en el tema que nos ocupa, debiendo analizarse no sólo cuándo una prueba pericial ofrecida por alguna de las partes resulta relevante o irrelevante[34], sino también las razones tanto epistémicas como no-epistémicas para regular y/o decidir la exclusión de pruebas periciales *de parte* relevantes. Así pues, podríamos tener razones para admitir o excluir una prueba pericial de parte atendiendo a la información experta que se presenta; al juzgador de los hechos; y al contexto en el que se toma la decisión[35].

La fundamentación de los criterios adicionales será siempre relativa al contexto procesal de cada sistema y al diseño institucional de los aspectos probatorios del proceso en su globalidad. Sin embargo, quisiera añadir en este punto que, por mi parte, estimo que deberíamos partir de una regla pro-admisión que diga algo como «en caso de duda, ¡admita!». Así, por ejemplo, si el juez tiene dudas sobre la relevancia o irrelevancia de un elemento de juicio, entonces bajo esta regla, debería admitirla; o si, asumido que se requiriera valorar la fiabilidad de una prueba pericial de parte para su admisión, si el juez dudara sobre la fiabilidad o no-fiabilidad de ésta, entonces debiera admitirla[36].

Con independencia de las razones que se tengan para decidir la admisión o la exclusión de una prueba pericial de parte, hay que tener en cuenta que estamos ante una decisión que:

a) No debería adelantar y/o confundirse con el juicio sobre la *suficiencia probatoria*, debiendo ser menos exigente que, por ejemplo, la atribución de valor probatorio o

---

Ahora bien, vale la pena matizar que *una* posible justificación de la exclusión de algunas pruebas ilícitas es de carácter epistemológico; pensemos en las pruebas obtenidas mediante tortura, evidentemente la calidad de éstas puede verse ampliamente cuestionada dada la situación de constreñimiento en que se encuentra el individuo y ello justifica en sí mismo su exclusión del proceso. Sobre esta línea de justificación de las pruebas ilícitas en Europa, más allá de las consideraciones de los diversos derechos nacionales, vale la pena seguir la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Fundamentalmente las STEDH de 12 de julio de 1988 y de 11 de julio de 2006.

[33] Al respecto es referencia obligada LAUDAN (2006).

[34] Según ABEL LLUCH (2009: 167), «[l]a admisión a trámite de la demanda (o en su caso de la contestación de la demanda) comporta la incorporación de los dictámenes de parte a las actuaciones, pues no están sujetos a un juicio de pertinencia y utilidad como los restantes medios de prueba [...], y la única intervención que se prevé del juez [...] es el llamamiento de los peritos a juicio». En este sentido, no es de extrañar que después asegure que la pericial de parte «comporta una excesiva privatización de la prueba pericial» o que «reduce la intervención judicial más allá de sus justos límites» (ABEL LLUCH, 2009: 30-31).

[35] Las categorías de esta clasificación no son mutuamente excluyentes, de modo que bien podrían confluir.

[36] En el mismo sentido, aunque hablando de todo tipo de elementos de juicio y no sólo de la prueba pericial de parte, *vid.* FERRER (2007: 69). En contra de esta regla general está THAYER (1898).

No desconozco que esta regla pro-admisión podría tener como consecuencia que los procesos judiciales sean más largos o más costosos, en cualquier caso la economía procesal será objeto de análisis de epígrafes posteriores en este trabajo.

la toma de decisión sobre los hechos. Si se consideran criterios de admisión o exclusión en atención a la calidad de la información, habría que tener cuidado en no adelantar un juicio sobre la suficiencia probatoria, sobre todo en aquellos casos donde es un mismo juzgador el que decide sobre la admisión de las pruebas y sobre la valoración de las mismas. En general, debería aguardarse la valoración de la calidad de la información para la etapa de valoración propiamente dicha.

b) Se debe tomar considerando la información *disponible* en ese momento procesal. La cantidad y el tipo de información disponible puede variar, entre otras razones, dependiendo de cómo esté conformada la etapa correspondiente: no es lo mismo, por ejemplo, decidir sobre la admisibilidad de una prueba únicamente bajo un escrito de demanda más o menos completo justificando la utilidad de ésta que en una audiencia preliminar donde las partes deben argumentar (y contra-argumentar) de forma más extensa por qué una prueba debería ser admitida o no[37].

c) Y, muy relacionada con los puntos anteriores, que convendría una decisión *holista* y no monista considerando precisamente la etapa procesal en análisis y en función del resto de pruebas propuestas por las partes.

La discusión sobre la admisibilidad de una prueba pericial de parte está íntimamente vinculada con nuestras consideraciones respecto a si se está en un entorno adecuado para recibir testimonios que puedan conducir a la verdad y donde juegan también elementos sobre el adecuado funcionamiento del juez como receptor testimonial. Veamos.

3.1. La información experta

En términos muy generales, podría sostenerse que *el derecho* debería estar interesado sólo en determinado tipo de información que cumpla con ciertas características que se consideran indicios de su calidad. La idea subyacente sería que sólo tienen *relevancia jurídica* aquellos conocimientos expertos que gocen de las características *x* o *z*. Esto podría conllevar la adopción de una actitud más conservadora respecto al tipo de información que se admitiría en sede jurisdiccional; sin embargo, esa decisión debería adoptarse a nivel legislativo y no ser dependiente de las decisiones judiciales en los casos particulares, sobre todo a efectos de respetar la seguridad jurídica[38].

Supongamos que el legislativo español considerara la alternativa propuesta por Nieva (2009: 402), cuando afirma que:

> [...] se hace patente la necesidad creciente de que la ley, o en su ausencia los Tribunales competentes, establezcan requisitos que, al aplicarse, excluyan [...] pruebas periciales que *no observen los avances y planteamientos científicos actuales*[39].

---

[37] Evidentemente no es lo mismo si, por ejemplo, el perito presenta un informe por escrito para que las partes lo adjunten a su demanda que si éstas últimas sólo dan a conocer al juez su intención de llamar al perito X dado que consideran relevante introducir conocimiento experto al proceso. En este último caso, ¿qué evaluaría para admitir el testimonio si aún no se tiene un testimonio?

Caso muy distinto es si los sistemas prevén algo similar al *preliminary hearing* estadounidense.

[38] Una propuesta así es asumida por Duce (2010: 80) cuando afirma que «[a]l sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece». O de Gold (2003: 25) «el sistema jurídico debería admitir como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso».

[39] Las cursivas son mías.

Por supuesto, a los tribunales les correspondería la (muy difícil) tarea de evaluar para su admisión si una prueba pericial satisface los requisitos legislativos, que en este ejemplo sería «observar los avances y planteamientos científicos actuales». Evidentemente el primer problema con el que se encontrarían sería su aplicabilidad a pruebas periciales no-científicas y cómo determinar tal cuestión[40]. Pero, la pregunta de fondo más interesante versa sobre el fundamento de dicho criterio, con el problema adicional de que las técnicas o métodos noveles parecieran ser casi por definición de baja o nula calidad[41]. Ahora bien, si la aceptación general o el adjetivo «novel» dependen de alguna forma del paso del tiempo, lo único que ese lapso podría llegar a asegurar es que tengamos mayor información sobre la técnica o el método en cuestión (REDMAYNE, 2001: 108).

Y es aquí donde en mi opinión reside el único criterio indispensable para la admisión de pruebas periciales de parte en atención a su calidad: que se tenga información precisamente sobre la calidad de éstas. Podría decirse entonces que el único criterio indiscutible respecto al tipo de información que se admite es que se trate de información empírica susceptible de arrojar datos sobre su calidad. Conviene advertir que no se trata tanto de una evaluación sobre la calidad de la información misma, sino acerca de la posibilidad de formarse un juicio sobre la calidad de la información, cuyos indicadores no se agotan en las meras credenciales de los expertos. Si, en definitiva, no tenemos ninguna información sobre la calidad de la astrología o la lectura de los posos del café, en ningún caso podríamos considerar que fundar una decisión en la información aportada por ese tipo de «pericias» haría aumentar las posibilidades de acierto en la decisión y, por ende, deberían ser inadmitidas.

Hay que recordar que la decisión sobre la admisibilidad de un elemento de prueba es categórica (o se admite o se excluye), por lo que el criterio o los criterios utilizables para adoptar esa decisión deberían ser también, en principio, categóricos. Si, en cambio, los criterios que se plantean son graduales, entonces se requerirá además una especie de estándar de admisibilidad que especifique a partir de qué grado de cumplimiento de éstos se debe optar por la admisión de la prueba en cuestión y por debajo de qué grado se debe decretar su exclusión.

Vale la pena plantear un punto más sobre la calidad de la información que se presenta como prueba pericial ahora en relación con los llamados «hechos notorios»[42].

---

[40] Una pregunta fundamental es ¿cómo el juez obtendría información sobre la aceptación de la comunidad científica?, ¿mediante otro testimonio experto? Y si es así, entonces, tendríamos otra vez los mismos problemas sobre cómo el juez se allega de conocimiento experto, la valoración de su calidad, etcétera.

NIEVA (2009: 412), por ejemplo, identificándolos como unos «sencillos principios generales» habla sobre si las técnicas o teorías científicas han sido aplicadas previamente; si han sido publicadas en revistas reconocidas y de uso regular en la práctica; el grado o nivel de error y variabilidad e incertidumbre de los datos; su aplicación según los estándares y normas de calidad vigentes; y, no podía faltar, que sean generalmente aceptadas por la comunidad científica. Sólo que en este último caso insiste en que sea la comunidad internacional.

[41] DUCE (2010: 49), por ejemplo, considera que la opinión emanada de la ciencia novel o en estado de desarrollo o consolidación no ha sido admitida como válida por la comunidad científica y que *por ello* tiene poco valor probatorio. En mi opinión, un estándar de prueba científico es distinto a un estándar de prueba jurídico, por lo que las determinaciones realizadas en un ámbito distinto al jurídico no tienen por qué ser adoptadas sin más.

[42] Sobre los hechos notorios, puede verse STEIN (1893) y CALAMANDREI (1945), entre otros muchos. Para STEIN (1893: 141), «[e]xiste la notoriedad fuera del proceso cuando los hechos son tan generalizadamente

Si acudimos a McCormick (1954: 363) encontraremos que al hablar de uno de los criterios de admisión de pruebas periciales más conocidos en el ámbito anglosajón, como es la aceptación general de la comunidad científica, él lo analiza como un criterio adecuado para que los tribunales tomen un hecho como *judicial notice*[43], más no para evaluar la admisibilidad de un elemento de prueba. Parece que el argumento subyacente es que se tienen garantías muy fuertes de la calidad o la verdad de cierta información que podrían llevar al juez a tomarlas como hechos notorios y no como un elemento de prueba más[44].

Más allá de advertir que habitualmente los hechos notorios son definidos como hechos conocidos por la generalidad de la comunidad social a la que el juzgador pertenece, y que McCormick cambia la referencia de esa comunidad social a la comunidad científica[45] (lo que puede resultar *jurídicamente* problemático), cabría preguntarse si los llamados hechos notorios pueden estar constituidos por conocimientos considerados como expertos. Es decir, ¿un hecho que es conocido de forma notoria como verdadero, dados su sólidos fundamentos sostenidos en un largo lapso de tiempo, puede seguir siendo conocimiento experto?, ¿la teoría de la gravedad, al menos en su versión más superficial, es conocimiento experto? Si la respuesta es negativa entonces se generaría una peculiar situación: entre más conocida sea la calidad de ciertos conocimientos originalmente expertos entonces menos expertos parecieran ser.

Dejando de lado este pequeño apunte sobre los hechos notorios, una última estrategia que me interesa abordar aquí, relacionada con la admisibilidad de pruebas periciales de parte en atención a la calidad de la información, es la llamada admisión asimétrica. En términos generales, se trata de una estrategia de distribución del riesgo del error entre las partes consistente en ser menos exigente con una de ellas (típicamente el acusado en materia penal) y/o más exigente con la otra (si seguimos en materia penal, con la acusación); desde luego, beneficiando a una de las partes[46].

---

percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse [...] convencido de ellos [...] . El conocimiento no está aquí articulado internamente de modo distinto al conocimiento individual del testigo, sino sólo en relación al número de cognoscentes». Las generalizaciones en las que se basa Stein para dar cuenta de los hechos notorios pueden llegar a ser bastante problemáticas dado que puede cuestionarse su corrección. Al respecto, puede consultarse Anderson, Schum y Twining (2005: 265 y ss.), quienes, además, distinguen entre las generalizaciones de sentido común o de conocimientos del ciudadano de nivel medio y los hechos notorios, *vid.* nota 66.

[43] Respecto este tema, puede consultarse, entre muchos otros, Anderson, Schum y Twining (2005: 273), quienes advierten que no se debe confundir la *judicial notice* con las «generalizaciones del sentido común», dado que se puede tratar de hechos *específicos* (como que Lima es la capital de Perú), no necesariamente generalizaciones, y, además, que la corrección de eso que identificamos como sentido común puede ser cuestionada.

[44] También llama la atención sobre esta cuestión Pérez Gil (2010: 108). Aunque, en mi opinión, introduce un problema al afirmar que «si bastase una mera consulta de fuentes de información fácilmente accesibles (un libro básico, internet, etc.), algo que ni siquiera merecerá en su momento ser explicitado en el fallo» entonces cabría referirse a un hecho notorio. En mi opinión, el problema es claramente explicitado si acudimos a la FRE 201 (b-2), que habla sobre la *judicial notice* como hechos susceptibles de determinar correcta y rápidamente acudiendo a fuentes cuya corrección no pueda ser razonablemente cuestionada.

[45] Por cierto, el problema de un criterio como este pasa por atender a los fundamentos de dicha aceptación, es decir, por qué es aceptado por la comunidad, más allá del sólo hecho de que es aceptado por una comunidad.

[46] Hay al menos dos estrategias para la distribución del riesgo del error en un proceso judicial: una es que éste esté totalmente contenido en los estándares de prueba (Laudan, 2006) y otra es que se establezcan diversas reglas en las distintas etapas probatorias que vayan distribuyendo ese riesgo (Stein, 2005). Algunos autores consideran que la segunda opción es la más adecuada dada la imposibilidad de formular estándares de prueba

Por lo que hace a la calidad de las pruebas periciales, esta estrategia supondría entonces que a la parte beneficiada se le admitan este tipo de pruebas aun cuando sean de baja calidad y/o se exija a la otra parte que presente pruebas periciales de mayor calidad. Así, por ejemplo, EDMOND y MERCER (2002: 58), en el ámbito concreto de la prueba pericial, consideran que el derecho al debido proceso implica que se valore la calidad de las pruebas *incriminatorias* en la etapa de admisión para compensar las deficiencias en la valoración del conjunto de pruebas[47]. Al respecto, vale la pena comentar dos cuestiones.

El punto de partida es la consideración de que la admisión de la prueba pericial debe estar condicionada no sólo por su relevancia sino también por la calidad de la prueba misma. Pero a diferencia de algunos de los argumentos antes analizados, no se trata de un argumento epistémico, es decir, no hay un interés genuino en la calidad de la información presentada sino una decisión política para distribuir el error de modo favorable para el acusado. Antes de aludir a la distribución del error, enfatizo una vez más que, en mi opinión, la calidad de las pruebas debería ser una cuestión a considerar fundamentalmente en la etapa de valoración y no algo que determine la admisión.

Ahora bien, aun si aceptáramos que ya en la admisión de pruebas periciales de parte debe hacerse un control de la calidad de éstas, vale la pena recordar que en el proceso judicial estamos interesados no sólo en distribuir el riesgo del error sino también en minimizar las posibilidades del error. Y, precisamente, creo que cualquier valoración de la calidad de la información debería atender a la disminución del error y no a su distribución, suponiendo claramente que las pruebas de mayor calidad aumentan la probabilidad de llegar a decisiones correctas. Así pues, si se controla la calidad de las pruebas para su admisión debería entonces hacerse de forma simétrica; lo contrario es una estrategia que incluso podría dar lugar a consecuencias absurdas, pues con cierta probabilidad, ella misma podría ser la fuente del error que luego pretende distribuir, *i. e.*, crearía el error para luego distribuirlo[48].

Llegados a este punto es menester insistir entonces en que la calidad de las pruebas periciales de parte es el objetivo de la valoración que realiza el juez a efectos de otorgarle valor probatorio y una vez que ha sido sometida a contradicción durante su práctica (donde seguramente se podrán obtener más datos sobre su calidad). Por

---

precisos (BAYÓN, 2008); sin embargo, la segunda opción presenta también el grave problema de controlar cuánto beneficio de la duda su otorga a las partes a través de las distintas reglas probatorias.

BAYÓN (2008: 20) sostiene que, al menos en algunos casos, una serie de normas sobre la admisibilidad y la valoración de la prueba en conjunto y a largo plazo generarían un número total de errores menor que el que produciría el funcionamiento de un sistema presidido por los principios de admisibilidad de toda prueba relevante y de libre valoración. No pretendo aquí discutir el argumento de BAYÓN, sino simplemente apuntar algunos argumentos sobre por qué la admisibilidad de una prueba pericial de parte no debería formar parte de ese conjunto del que habla BAYÓN.

[47] También REDMAYNE (2001: 112), por ejemplo, afirma que la competencia epistémica del jurado es una cuestión irrelevante para la admisibilidad de pruebas pues lo que debería importar, según él, es el riesgo de error.

Otras reglas de admisión/exclusión que favorecen la asimetría son, por ejemplo, aquellas que establecen la exclusión de pruebas «*more prejudicial than probative*» o que pudiesen llegar a causar un «*unfair prejudice*», dado que ambas son generalmente aplicables sólo a las pruebas presentadas por la acusación.

[48] En el mismo sentido ALLEN y NAFISI (2010: 145) afirman que relajar los estándares de admisibilidad de las pruebas solo incrementaría el riesgo del error. «Asegurar la paridad de los errores [...] podría ser justo, pero sin duda se haría a costo de la corrección en la determinación de los hechos».

ello, la preocupación en torno a la calidad de la información experta contenida en una prueba pericial a efectos de decidir su admisión o exclusión debe ser la posibilidad de tener información precisamente sobre dicha calidad.

Una vez dicho lo anterior, pasemos ahora a analizar si ciertas características del sujeto que valora la prueba pericial deben ser consideradas para previamente decidir la admisión de ésta.

3.2. Las necesidades del juez

Antes hemos visto la desconfianza en las capacidades cognitivas del juzgador como línea argumentativa para admitir o excluir una prueba pericial de parte, corresponde analizar ahora otro posible criterio que gira también en torno a la situación epistémica del juzgador, pero esta vez sobre sus *necesidades* y no sobre sus capacidades. Y es que algunos ordenamientos establecen como criterio adicional a la relevancia la *necesidad* de la prueba pericial en cuestión; y parte de la jurisprudencia y la doctrina la han interpretado como una necesidad epistémica de *un* juzgador concreto respecto de los conocimientos expertos que se supone suministraría una prueba pericial. Un buen ejemplo de esto lo constituye la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español:

> [...] el Juez puede sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso[49].

Entiéndase bien, no se refiere a la necesidad de la información *dada la cuestión* a resolver[50], sino a la necesidad de la información *según el agente* concreto que va a resolver. Aquí la locución «según el agente» significa tanto que la evaluación giraría en torno a sus propios estados mentales, como que le correspondería hacer la (auto) valoración respectiva. Hago referencia a los estados mentales porque dicha necesidad podría entenderse como:

a) el juez *cree* que la necesita, es decir, cree que no tiene los conocimientos (o las habilidades para conocer); o,

b) el juez la necesita, es decir, realmente no tiene los conocimientos (o las habilidades para conocer).

La formación de la creencia del juez supondría una especie de autoevaluación de su nivel cultural y, por supuesto, la vinculación de la admisibilidad a creencias subjetivas que convertirían en irrecurribles las decisiones sobre la admisión, pues ¿cómo se podría objetar que un juzgador necesitaba, o no, la pericia para decidir el caso si depende únicamente de sus creencias?

El hecho de que el juez realmente la necesite es subjetivo en un sentido más débil, aunque también bastante problemático; pues si bien es cierto que no vincula la admi-

---

[49] STS, Sala 1.ª, de 10 de febrero de 1994, FJ 4.º (RJ 1994/848).

[50] Lo que hace suponer una diferencia con el criterio de relevancia y también con el criterio de la redundancia.

sibilidad con las creencias del juez, sí la vincula a un sujeto concreto y esto conlleva serios problemas. Más allá de advertir que bajo esta perspectiva evidentemente un cambio de juzgador podría cambiar radicalmente la valoración sobre la necesidad de un experto presentado por las partes[51], cabría preguntarse por qué las necesidades epistémicas de un juzgador serían importantes para admitir una prueba pericial *ofrecida por las partes*. Cuando se trata de un perito ofrecido por las partes parece extraño decir que el objetivo es satisfacer las necesidades del juez y no sólo ofrecerle información relevante a ser incorporada en su razonamiento; las partes, cuando presentan la demanda o la denuncia, ignoraran qué juzgador conocerá de su caso e, incluso sabiéndolo, no tendrían por qué conocer sus necesidades epistémicas generales y menos aún aquéllas relevantes para el caso concreto.

Además, conviene recordar lo dicho anteriormente respecto a que el conocimiento experto ofrecido por las partes en un proceso sufre de un «parcialidad estructural». Así, dado que éstas presentarán únicamente al experto que, por la razón o motivo que sea, sustente una afirmación que sea favorable a su hipótesis sobre los hechos, es posible prever que las distintas partes presenten peritajes contradictorios, con lo que cabría la posibilidad de que las necesidades epistémicas del juez se ampliaran *precisamente* por la presencia de éstos.

Por todo esto, en mi opinión, condicionar la admisión de una prueba pericial presentada por las partes a las necesidades cognitivas de un juzgador resulta insostenible. En cambio, hay otra forma más prometedora de interpretar dichas necesidades epistémicas y que pasa por relacionarlas con la actividad o la función de *los jueces*, no de un juez concreto, en materia de valoración de las pruebas (tanto en lo individual como en conjunto). Y es que cualquier inferencia sobre la verdad o la falsedad de los hechos debe ser realizada por el juzgador, y no por un perito; por ello, debe inadmitirse una prueba pericial sobre la credibilidad de un testigo que luego concluye, por ejemplo, que lo dicho por el testigo es verdadero (o falso)[52].

De cualquier manera, vale la pena enfatizar que en este (reducido) tipo de casos es donde tiene total sentido hablar de una usurpación de las funciones del juzgador por parte de un perito, donde sí que puede haber una fuerte tensión entre el conocimiento del juzgador y aquellos que le serían proporcionados por un perito y/o entre la función del juez y la función del perito. Y no, como se suele plantear el peligro de usurpación de funciones, de todo tipo de pruebas periciales.

Por supuesto, una prueba pericial sobre la credibilidad de un testigo puede constituir una muy relevante prueba *sobre la prueba* que brinde información adecuada a los

---

[51] Advierten sobre esto Montero Aroca (1998: 182), Picó i Junoy (2001: 48) y Abel Lluch (2012: 659), entre muchos otros procesalistas españoles.

[52] En la literatura anglosajona es conocida como la *ultimate issue rule*, que es definida como una cuestión litigiosa que es suficiente, por sí misma o junto con otras, para resolver el caso (Garner, 2009: 908). Por su parte, Roberts y Zuckerman (2004: 310) lo consideran como el criterio esencial de la admisibilidad, al menos en el Reino Unido.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo español (648/2010) se ha pronunciado al respecto afirmando que: «[c]onvertir el dictamen de los peritos psicológicos, singularmente lo que éstos denominan conclusión psicológica de certeza, en un presupuesto valorativo *sine que non,* llamado a reforzar la congruencia del juicio de autoría, supone convertir al perito en una suerte de pseudoponente, con una insólita capacidad para valorar anticipadamente la credibilidad de una fuente de prueba».

juzgadores para realizar el tipo de inferencias que se les pide. Por ejemplo, si un testigo afirma que vio a la parte acusada arrastrando el cadáver de la víctima que en vida pesaba, supongamos, 120 kilos, siendo la acusada una mujer menuda, una prueba pericial podría demostrar su incapacidad para cargar ese peso; o si el testigo tiene una visión defectuosa y afirma haber visto los hechos del caso en una noche oscura, sus afirmaciones pueden ser ampliamente cuestionadas mediante una prueba pericial realizada por un oculista, debido precisamente a la (in)capacidad de visión del testigo. Entonces el juez podría inferir a partir de las pruebas periciales que demuestren la no-credibilidad del testigo, suponiendo que éstas están debidamente fundadas, que las afirmaciones testimoniales son falsas.

Por otro lado, y para finalizar los argumentos que se plantean respecto la admisión o la exclusión de una prueba pericial de parte relevante atendiendo a la situación epistémica del juzgador de los hechos, toca analizar un novedoso argumento desarrollado por NANCE (2004: 230), que no se funda en las capacidades cognitivas del juzgador ni en sus necesidades epistémicas, sino en la administración de sus recursos cognitivos. En términos generales, consistiría en incentivar que el juzgador en un caso concreto dedique sus recursos cognitivos a las pruebas periciales de *mayor calidad*, excluyendo las pruebas periciales de menor calidad.

El argumento presentado por NANCE implica necesariamente una evaluación *comparativa* entre las pruebas presentadas por cualquiera de las partes[53] y sólo en aquellos casos en que dichas pruebas aborden la misma cuestión. Entiéndase bien, no se está diciendo que se excluyan las pruebas de la contraparte dada la calidad de las pruebas de la otra parte, sino que se atienda al conjunto de pruebas presentado por *cada una* de las partes. Así pues, para NANCE, habría que excluir una prueba pericial presentada por JF cuando el mismo JF haya presentado otra prueba (también) pericial pero de mayor calidad.

El presupuesto que subyace a este argumento es que, en algunas circunstancias, «menos información es mejor cognitivamente»[54], en contra de la tesis común que sostiene que disponer de más información relevante es siempre mejor. Según GIGERENZER (2006: 21), «en la mayoría de los modelos de racionalidad se da por hecho que la calidad de la decisión siempre incrementa —o al menos no disminuye— cuando incrementa la cantidad de información». Si relacionamos esto con la conformación del conjunto de elementos de juicio en la etapa de admisión probatoria que ahora analizamos y partimos de que la admisión probatoria tiene como objetivo la conformación de un conjunto de elementos de juicio lo más rico posible, tendríamos que diferenciar entre un conjunto rico cuantitativamente y cualitativamente. Aquí, «cualitativamente» no sólo hace referencia a la diversidad de tipos de pruebas, sino a que cada uno de esos tipos de pruebas sean de cierta calidad; calidad que interesaría a efectos de que

---

[53] Debe enfatizarse que se trata de una decisión de carácter eminentemente *comparativo* que implica que uno de los elementos sea de una calidad lo suficientemente mayor para excluir a otro elemento; o, mejor aún, si es el caso de varias periciales, que el conjunto de las periciales sea igualmente bueno al excluir uno de los elementos que la conforman (NANCE, 2004: 232). Por supuesto, si la parte sólo ha presentado una prueba pericial, bajo el esquema de NANCE, no tendría sentido entrar a analizar la posibilidad de excluirla con este argumento pues se terminaría en realidad adelantando la valoración de ésta.

[54] Un argumento similar, identificado como peligro de desborde o sobrecarga de la información, pero analizando la admisibilidad de cualquier elemento de prueba, ha sido sugerido por FERRER BELTRÁN (2007: 85).

el juzgador de los hechos administre adecuadamente sus recursos cognitivos. Por ello, sería adecuado seleccionar aquel elemento que concentrará la atención de éste, aunque tal vez no sólo de éste sino incluso de las mismas partes.

Hay que señalar que este argumento no necesariamente tiene que ver con un ahorro de tiempo, dado que posiblemente el tiempo que se pueda ahorrar en la etapa de valoración se deba invertir previamente en decidir la admisión o la exclusión de un elemento de prueba bajo este argumento. Ahora bien, la racionalidad de una estrategia heurística como ésta depende fundamentalmente del contexto particular en que se toma la decisión[55], por lo que no es una estrategia adecuada o inadecuada en sí misma (GIGERENZER, 2006: 17).

Después de desarrollar el argumento en comento, NANCE (2004: 233) termina considerando que este tipo de criterio de admisibilidad sobre la calidad de un elemento de prueba *no* es el más adecuado. Aunque no lo dice explícitamente, parece que su objeción radica en que sea visto como la única forma de interpretar la tarea de *gatekeeper* exigida a los jueces en el contexto estadounidense a partir del caso *Daubert* y, más precisamente, pensando en un contexto perteneciente a la tradición del *common law,* donde el juez que decide la admisión debería ponerse en el lugar del jurado *qua* juzgador de los hechos para hacer las evaluaciones pertinentes a efectos de administrar los recursos cognitivos de éste. Pero, cabría preguntarse: ¿cuál sería la situación en sistemas de derecho romano-germánico?

Suponiendo que el mismo juez que decide la admisión valorará también las pruebas periciales presentadas por la parte correspondiente, como suele suceder en nuestros sistemas, podría ser mucho menos problemática la gestión de recursos cognitivos por el mismo agente, de modo que evite el desborde de información, considerando la que hasta ese momento ya tiene. También abona a esta cuestión el hecho de que el juez pudiera pedir, en etapas posteriores a la admisión, otras pruebas que en una situación distinta a la anterior pudiera considerar relevantes para la decisión. Así pues, en mi opinión, las diversas facultades probatorias de que gozan los jueces de tradición romano-germánica podrían favorecer la gestión de sus recursos cognitivos.

Con todo lo dicho hasta aquí sobre los diversos argumentos en torno a los decisores a efectos de controlar la admisibilidad de pruebas periciales, a manera de cierre, podría decirse que las capacidades de los jueces (o el ejercicio de éstas) son relevantes para los casos concretos que están decidiendo; si el tipo de prueba pericial concreta

---

[55] Resulta claro que todo el argumento hasta ahora desarrollado pende de cuestiones heurísticas. Según GIGERENZER (2006: 17) hay dos formas de analizar el carácter de la heurística: como solución a un problema (o forma de solucionar un problema) dadas las características de éste y como un problema en sí mismo dado que suele verse como una segunda mejor opción dada las limitaciones cognitivas de un sujeto. Si se asume la segunda versión, se asume también que las personas usan estrategias heurísticas *sólo* porque tienen capacidades cognitivas limitadas. Una concepción de este tipo puede ser encontrada en TVERSKY y KAHNEMAN (1982) y KAHNEMAN (2011).

Por supuesto, también está implícita la discusión sobre qué consideración merecen las limitaciones cognitivas. Así, mientras para algunos suelen ser fuente de ilusiones cognitivas o sesgos; para otros, podrían de hecho facilitar las funciones cognitivas, no sólo constreñirlas. En el primer sentido, un buen ejemplo es BUGLIOLI y ORTÚN (2001: 21): «[l]os datos de la psicología apoyan la idea de que las capacidades humanas son limitadas y que las decisiones pueden tener sesgos cuando las actividades que se desarrollan son complejas o la información disponible tiene carácter probabilístico».

presentada por alguna de las partes interfiere directamente con las funciones atribuidas a los jueces entonces se justifica su exclusión en el caso; y, finalmente, el juzgador puede excluir pruebas periciales presentadas por una parte si esta misma ha presentado otras pruebas periciales que en ese momento procesal pueden considerarse de mejor calidad, esto con el objetivo que el juez administre de mejor manera sus recursos cognitivos. Pasemos ahora a ver otro tipo de razones que pueden plantearse para limitar la admisibilidad de pruebas periciales de parte.

3.3. El contexto procesal

Como afirman BUGLIOLI y ORTÚN (2001: 26), «el entorno institucional y organizativo puede limitar la racionalidad de las decisiones». Se entiende por entorno institucional el conjunto de restricciones formales e informales que regulan la interacción en ese contexto; y por entorno organizativo la forma de distribución de las facultades de decisión, de evaluar comportamientos e incentivar individuos. Atendiendo a estos entornos a efectos de discutir la admisión o exclusión de pruebas periciales de parte por razones relacionadas con el contexto jurisdiccional, podríamos encontrar al menos dos grandes líneas argumentativas:

a) La economía procesal como una restricción institucional[56].
b) El control de las partes como una facultad organizativa del juez.

En comparación con otros criterios para fundar la admisión o exclusión de una prueba pericial de parte, estas líneas argumentativas no están fundadas en una preocupación por las capacidades cognitivas de los juzgadores o por la información experta que se ha ofrecido, sino más bien en ciertos contrapesos a considerar en el contexto procesal. Y a efectos de la admisibilidad de pruebas hay una diferencia importante entre los dos tipos de argumentos, mientras la economía procesal inclinaría la balanza hacia la exclusión de pruebas, el control de las partes tiene como objetivo la inclusión de pruebas pero de mayor calidad.

Dicho esto, iniciemos con el análisis del llamado principio de economía procesal, acotándolo evidentemente a la admisibilidad de las pruebas periciales de parte[57]. Asumo que la economía procesal es el ahorro de actividades procesales que conlleva una

---

[56] Para entender mejor este punto, habría que relacionar al proceso judicial con su «publicización» o «socialización» que orienta el reparto de funciones entre el juez y los litigantes, indicando que «si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esa función» (PICÓ I JUNOY, 2007: 103).

[57] Para un amplísimo análisis sobre la economía procesal en general, *vid.* COMOGLIO (1980). Y para un análisis económico del derecho probatorio, *cfr.* POSNER (1999). Este último, aunque dedica algunas páginas a sistemas de tradición romano-germánica, está especialmente referido al derecho estadounidense; sin embargo, varias de las cuestiones ahí planteadas son fácilmente trasladables a nuestros sistemas.

STEIN (2005: 136 y ss.), por su parte, desarrolla algunas cuestiones críticas sobre un argumento costo-eficacia respecto la reducción de errores en materia penal mediante el uso de los diversos mecanismos que controlan la actividad probatoria. Habla entonces de la reducción máxima de las pérdidas sociales representadas por la suma de dos costos: el costo de los errores en la averiguación de la verdad y el costo de los procedimientos de averiguación de los hechos que reducirían dichos errores.

disminución en el tiempo y/o los recursos materiales empleados en un proceso judicial[58]. No vale cualquier disminución, sino una que observe cierta relación de proporcionalidad entre los medios y los fines del proceso judicial. Si partimos del presupuesto que la finalidad de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad, entonces la economía procesal en materia probatoria se circunscribirá a los posibles ahorros en la actividad probatoria que no socaven la averiguación de la verdad. Y, por ello, un argumento de economía procesal *no* debería tener efectos adversos para la averiguación de la verdad.

Al respecto, podríamos hacer una comparación con la exclusión de las pruebas relevantes pero ilícitas, que no se hace por razones epistémicas y, sin embargo, tiene efectos contra-epistemológicos; la exclusión de pruebas relevantes por cuestiones de economía procesal, por su parte, tampoco se lleva a cabo por razones epistémicas (sino por ahorro de tiempo y/o recursos) pero no debe tener efectos contra-epistemológicos.

En todo caso, dicho ahorro de actividades procesales puede plantearse desde dos perspectivas: como una directiva programática de codificación dirigida al legislador[59] y como un criterio orientativo de las facultades discrecionales del juzgador dirigido precisamente a éste (COMOGLIO, 1980: 46). Sobre la primera, por ejemplo, en la discusión sobre la admisibilidad de la prueba pericial de parte, legislativamente a veces se limita el número de pericias que las partes pueden presentar sobre una misma cuestión. Sin embargo, esto tiene el problema de que en ocasiones la prueba de un hecho aconseja la adquisición de información proveniente de distintas áreas de conocimiento, en cuyo caso parece razonable disponer en el proceso de diversos peritos. Así pues, si no se quieren causar efectos epistémicos desfavorables debería descartarse una regla general que limite el número de peritos y más bien pudiera asumirse como criterio orientativo para el juez en función de las circunstancias del caso.

Por otro lado, la economía procesal como criterio orientador del juez consistiría en el propio juicio del juzgador sobre la utilidad de las actividades procesales en el contexto de un proceso judicial concreto a efectos de su toma de decisión fáctica[60]. Se trataría entonces de un criterio que oriente las decisiones del juez en materia de admisión de pruebas periciales en aquellos espacios donde cabe la discrecionalidad de éste. Y, sólo a efectos de ejemplificar esta posibilidad, podríamos pensar en dos casos:

---

[58] Si seguimos la doctrina alemana citada por COMOGLIO (1980: 7), podemos distinguir un aspecto principal y un aspecto colateral de la economía procesal. El aspecto principal sería el ahorro tanto como sea posible de la actividad procesal de las partes o del juzgador que tendría como consecuencia, y aquí viene el aspecto colateral, un ahorro individual o colectivo de tiempo y especie.

También vale la pena notar que una decisión fundada en argumentos de economía procesal puede repercutir en otros procesos o incluso generar otras instancias para la revisión de esa decisión que ha inducido a un error al excluir el elemento de prueba en comento, etcétera.

[59] POSNER (1999: 2), por ejemplo, asegura que «la estructura institucional y doctrinal del derecho probatorio estadounidense tiene una sutil lógica económica, aunque intuitiva, implícita e incompleta».

[60] Entendido de esta manera, valdría la pena especificar que lo visto en párrafos anteriores sobre la administración de los recursos cognitivos del juzgador, hecha por el propio juzgador, podría ser vista como una especie de éste criterio, pues potencialmente podrían ahorrarse actividades procesales que conllevaran una disminución en tiempo y recursos materiales. Sin embargo, al no tener necesariamente tal resultado, vale la pena diferenciarlo.

a) El supuesto en el que la prueba pericial de parte sea una prueba superflua en un conjunto, en principio suficiente, de pruebas no-periciales.

b) El supuesto en que el valor probatorio que parece pudiese tener un elemento de juicio no compense el gasto de tiempo y recursos.

La idea subyacente es que las pruebas periciales son de hecho costosas, por lo que si hay pruebas de otro tipo que resulten suficientes para acreditar los hechos o, bien, el valor probatorio de éstas se considera menor en comparación con sus costos, entonces habría que excluirlas en aras precisamente de evitar los costes que supone y, a la vez, que ello no represente un perjuicio a la averiguación de la verdad. El efecto de pruebas relevantes adicionales en la resolución de un caso tiende a disminuir, sin una necesaria disminución en los costos que éstas pueden producir (POSNER, 1999: 7 y 59).

Relacionado con este tipo de criterios, DUCE (2010: 67), por ejemplo, afirma que *siempre* sería preferible introducir la información respectiva por *otros* medios de prueba y no mediante una prueba pericial que resulte adicional. Sin embargo, aunque en innumerables ocasiones hace referencia al aprovechamiento racional de los recursos[61], DUCE termina estando más preocupado de las (dis)capacidades cognitivas del juzgador. En cualquier caso, la consecuencia de una concepción así es que en los casos en que se admitiese una prueba pericial se esperaría que tuviera un fuerte peso probatorio; en ese escenario posiblemente muchos casos en los que se presentasen este tipo de elementos probatorios serían determinantes para la toma de decisión. Y, quizá precisamente por ello, habría de ser más exigentes con los parámetros empleados por el juzgador.

Aunque es claro que desde el punto de vista económico los costos del peritaje de parte son asumidos por la parte y el juzgador no tendría por qué interferir en la decisión sobre su conveniencia, existen también otro tipo de recursos, como el coste económico del tiempo, el coste para la otra parte de contradecir el peritaje y, el ya analizado coste en los recursos cognitivos del juez, que podrían ser tomados en cuenta para la admisión de una prueba pericial. Sin embargo, me parece excesivo establecer una regla general como la sugerida por DUCE; además, seguro hay pruebas periciales menos costosas que otro tipo de pruebas, y, por ello, creo que la economía procesal es un argumento que sólo puede considerarse en el caso a caso. A ello hay que añadir también una cuestión más relacionada con la calidad del *conjunto* de elementos probatorios y es que ésta no sólo es cuantitativa (entre más pruebas mejor) sino también cualitativa (entre más pruebas de distintos tipos mejor).

El siguiente aspecto relevante a considerar para la admisibilidad de la prueba pericial de parte atendiendo al contexto en que se adopta la decisión tiene que ver con el entorno organizativo y, en particular, con el control de las partes (y sus abogados)

---

[61] Por ejemplo, afirma que «el punto de la preocupación no es el uso de la prueba pericial en sí, sino más bien que un uso irracional de la misma, es decir, fuera de los casos en lo que se justifica, no es una cuestión neutra desde el punto de vista de los recursos, siempre limitados, con los que cuenta el sistema» (DUCE, 2010: 52). Pero, en cambio, pone más énfasis en lo que denomina «aporte probatorio versus prejuicio en el juzgador» y «valor probatorio versus influencia indebida en el juzgador». Cuya diferencia, según el propio autor, radicaría en que en el primer caso el prejuicio va en contra del acusado, mientras que en el segundo lleva a valorar equivocadamente al elemento de juicio. En mi opinión, esa diferencia no está justificada, dado que tanto el prejuicio como la influencia indebida pueden resultar en perjuicio del acusado.

que podría hacer el juez en la etapa de admisión probatoria cuando se trata de pruebas periciales de parte.

Y aquí vale la pena detenerse en otra de las propuestas de NANCE (2004: 236 y ss.) para regular la admisibilidad de pruebas periciales de parte en sistemas adversariales como el estadounidense: el «principio de la mejor prueba disponible»[62]. La idea principal es que se utilice la exclusión de elementos de prueba para fomentar la presentación de mejores pruebas, pruebas con mayor valor probatorio y menos costosas para el juzgador o que logren un mejor balance entre estas dos cuestiones. Se trata, por supuesto, de ser más exigentes con la parte (cualquiera que ésta sea) que ha producido un testimonio pericial y que pretende que sea considerado en un proceso judicial; y, a la vez, incentivar que los tribunales sean consumidores más exigentes de conocimiento experto. Por ello podría verse como una estrategia cuyo objetivo es *incrementar* la calidad de las pruebas periciales que serán presentadas en los procesos judiciales.

Según NANCE (2004: 238), hay que tomar en consideración dos condiciones: primero, que las pruebas sean claramente mejorables y, segundo y muy importante, que estén disponibles para las partes. Si estás dos condiciones no se cumplen *conjuntamente*, entonces no habría lugar a la exclusión del elemento de juicio en cuestión. Evidentemente, a efectos de dicha valoración habría que considerar las circunstancias particulares del caso concreto, sobretodo porque a la parte sólo se les podría exigir que presenten la mejor información disponible para ellas.

Entre esas circunstancias cobra suma relevancia el elemento de los recursos económicos que las partes deberían invertir para incrementar la calidad de los testimonios periciales ofrecidos, pues habría que cuidar no incrementarles fuertemente los costos de un proceso judicial. Sin embargo, creo que la propuesta podría tener más sentido si nos enfocamos en los propios expertos que acuden continuamente a la arena jurídico-procesal[63]. Al menos a largo plazo, con la continua exclusión de las pruebas periciales que presentasen, estos expertos tendrían el incentivo de incrementar la calidad de la información que llevasen al proceso, teniendo incentivos para mejorar sus métodos, técnicas, etc. Por ejemplo, si los tribunales empiezan a solicitar información empírica sobre cómo de hecho funcionan las técnicas o métodos empleados por los expertos, no conformándose con meras explicaciones sobre cómo se supone que lo hacen, esto podría incentivar a los ciudadanos que pretenden ir a juicio alegando una prueba pericial

---

[62] En su reconstrucción sobre la exigencia de valorar la fiabilidad de las pruebas periciales en la admisión en los Estados Unidos, esta opción sería la más importante: «Este tipo de consideración representa el principal, sino es que el único, razonamiento adecuado para la valoración de la fiabilidad contenida en la regla 702 [de las FRE]».

Vid. un desarrollo más amplio del principio de la mejor prueba disponible en NANCE (1988) donde hace referencia a la obligación colectiva de las partes en un proceso judicial de presentar un conjunto de elementos de prueba que haga lo más probable posible la hipótesis sobre los hechos del caso que defiende, por supuesto dentro de los límites que haya dados los costos y las características del contexto procesal. Es decir, se trata del requisito epistémico de disponer de las mejores pruebas en términos epistémicos: un conjunto de información, razonablemente disponible para las partes, que un juzgador de los hechos razonable encontraría adecuado para tomar una decisión fáctica.

Un caso típico, muy simple, de aplicación de este principio es la habitual solicitud a las partes para que presenten documentos originales en lugar de fotocopias de los originales.

[63] Sobre la aplicación del principio de la mejor prueba disponible de NANCE al ámbito penal, fundamentalmente para las ciencias forenses, *vid.* REDMAYNE (2001: 133 y ss.).

a buscar a expertos que cuenten con tal tipo de información lo que, a su vez, podría incentivar a los expertos a obtenerla.

Se trata, pues, de un criterio de admisibilidad que podría tener efectos positivos en la calidad de las pruebas periciales que tienen lugar en el proceso judicial siempre y cuando sea aplicable a todas las partes en todo proceso judicial. Es decir, con medidas como ésta se controlaría a las partes como categoría y no a un sujeto concreto que ha encendido la máquina jurídica procesal o está participando en ella.

Entonces, la economía procesal como restricción institucional con cierto compromiso con la averiguación de la verdad sugeriría al juez excluir pruebas periciales que en un caso concreto resulten más costosas que eficientes para su toma de decisión fáctica; mientras el control de las partes como facultad organizativa de los jueces llevaría a buscar que en los procesos judiciales entrasen las mejores pruebas periciales disponibles en un mercado asequible para las partes.

4. A MANERA DE BREVE CONCLUSIÓN

Hasta aquí se han analizado diversos criterios que podrían operar en la admisibilidad de las pruebas periciales de parte. Vale la pena concluir que el juzgador puede tomar en cuenta criterios jurídicos como la economía procesal, para excluir una prueba pericial cuyo aporte al conjunto de pruebas que ya se tiene sea menor (o considerablemente menor) que los costos que pudiese generar; o excluir aquellas pruebas periciales que entren en conflicto con la función de valoración de las pruebas que le corresponde de forma exclusiva. También puede considerar criterios epistémicos, administrando sus recursos cognitivos como agente que conoce y así evitar posibles peligros de desborde de información.

Ahora bien, el juzgador debe contemplar en *todos* los casos un criterio clave para admitir o excluir pruebas periciales: contar con información sobre la calidad de las afirmaciones periciales ofrecidas a efectos de poder realizar adecuadamente el juicio sobre los hechos, pues si no tiene esta información no podrá justificar el uso de tales afirmaciones en el razonamiento probatorio, sabiendo que las credenciales del experto no son suficientes para ello. Entiéndase bien, contra lo que muy habitualmente se afirma, no corresponde al momento de la admisión de la prueba valorar la calidad de las pruebas periciales, lo que deberá realizarse en el momento posterior de la valoración de la prueba. Para la admisibilidad, en cambio, resulta esencial controlar si se cuenta con información sobre dicha calidad, puesto que sólo una prueba que se acompañe de esa información podrá después ser valorada racionalmente por lo que se refiere a su fiabilidad.

Todos los criterios hasta ahora mencionados suponen un modelo de confianza hacia nuestros jueces, exigiendo de ellos un correcto razonamiento en su aplicación para conformar un conjunto de elementos de prueba adecuado cuando en éste haya información experta proporcionada por las partes. Y, a menos que justificadamente se disponga de otra cosa a nivel legislativo, los jueces deben valorar la calidad de las pruebas periciales en la etapa de valoración propiamente dicha. Entre otras cosas, analizando que no haya parcialidades cognitivas o disposicionales, las cuales son total-

mente independientes de la parcialidad de origen del perito de parte que en sí misma no tiene porque suponer una disminución o aumento del valor probatorio de dicho elemento de juicio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABEL LLUCH, X., 2009: «La prueba pericial», en X. ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba pericial,* Barcelona: Bosch.

— 2012: *Derecho Probatorio,* Barcelona: JB Bosch Editor.

ALEMANY, M., 2005: «El concepto y la justificación del paternalismo», en *Biblioteca virtual Miguel Ángel de Cervantes.*

— 2006: *El paternalismo jurídico,* Madrid: Iustel.

ALLEN, R. J., y LEITER, B., 2001: «Naturalized Epistemology and The Law of Evidence», en *Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series,* Research Paper No. 01-8.

ALLEN, R. J., y NAFISI, E., 2010: «*Daubert* and its Discontents», en *Brooklyn Law Review,* 76.

ANDERSON, T.; SCHUM, D., y TWINING, W., 2005: *Analysis of Evidence,* 2.ª ed., USA: Cambridge University Press.

ATIENZA, M., 1988: «Discutamos sobre paternalismo», en *Doxa,* núm. 5.

BAYÓN, J. C., 2008: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no benthamiano», en *Analisi e diritto.*

BOTTER, T. I., 1982: «The Court-Appointed Impartial Expert», en M. D. KRAFT (ed.), *Using Experts in Civil Cases,* 2.ª ed., United States of America: Practicing Law Institute.

BUGLIOLI, M., y ORTÚN, V., 2001: *Decisión clínica. Cómo entenderla y mejorarla,* Barcelona: Springer.

CALAMANDREI, P., 1945: *Estudios sobre el proceso civil,* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

COLEMAN, J. L., 1992: *Risks and Wrongs,* Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de D. PAPAYANNIS, *Riesgos y daños,* Barcelona: Marcial Pons.

COMOGLIO, L. P., 1980: *Il principio di economia processuale,* Padova: CEDAM.

DEVIS ECHANDIA, H., 1972: «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* núm. 1.

DUCE, M., 2010: «Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional», en D. ACCATINO (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal,* Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing.

DWORKIN, G., 2002: «Paternalism», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010 Edition). Disponible en *http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/.*

DWYER, D. M., 2008: *Judicial Assessment of Expert Evidence,* Cambridge: Cambridge University Press.

EDMOND, G., y MERCER, D., 2002: «Conjectures and Exhumations: Citations of History, Philosophy and Sociology of Science in US Federal Courts», en *Cardozo Studies in Law and Literature,* núm. 14.

FEINBERG, J., 1986: *Harm to Self,* Oxford: Oxford University Press.

FERRER, J., 2007: *La valoración racional de la prueba,* Barcelona: Marcial Pons.

GARNER, B. A. (ed.), 2009: *Black's Law Dictionary,* 9.ª ed., United States of America: West Publishing Co.

GARZÓN VALDÉS, E., 1993: «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en *Derecho, ética y política,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GASCÓN A. M.; LUCENA MOLINA, J. J., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J., 2010: «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinaria», en *La Ley,* núm. 5619.

GIGERENZER, G., 2006: «Heuristics», en G. GIGERENZER y C. ENGEL (eds.), *Heuristics and The Law,* United States of America: The MIT Press.

GOLDMAN, A. I., 1991: «Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society», en *Journal of Philosophy,* núm. 88.

HART, H. L. A., 1966: *Law, Liberty and Morality,* Stanford: Stanford University Press. Citado por la versión castellana de M. A. RAMIRO AVIÉS, 2006: *Derecho, libertad y moralidad,* Madrid: Dykinson.

KAHNEMAN, D., 2011: *Thinking, Fast and Slow,* New York: Farrar, Straub and Giroux.

KEYNES, J. M., 1920: *A Treatise on Probability, Cambridge.* Citado por la edición 2007, Watchmaker Publishing.

LAUDAN, L., 2006: *Truth, Error and Criminal Law: An essay in legal epistemology,* New York: Cambridge University Press. Citado por la traducción de C. VÁZQUEZ y E. AGUILERA, 2013: *Verdad, Error y Proceso Penal,* Barcelona: Marcial Pons.

LEITER, B., 1997: «The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence», en *Brigham Young University Law Review,* núm. 803.

LÓPEZ-MUÑIZ. G. M., 2008: *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia,* 3.ª ed., Madrid: Colex.

MANIACI, G., 2012: *Contro il paternalismo giuridico,* Torino: Giapichelli editore.

MONTERO AROCA, J., 1998: *La prueba en el proceso civil,* 2.ª ed., Madrid: Civitas.

NANCE, D., 1988: «The Best Evidence Principle», en *Iowa Law Review,* 73.

— 2004: «Reliability and the Admissibility of Experts», en *Seton Hall Law Review,* vol. 34.

NIEVA F. J., 2009: *Jurisdicción y proceso,* Barcelona: Marcial Pons.

MCCORMICK, C., 1954: *Handbook on the Law of Evidence,* St. Paul Minnesota: West.

PÉREZ GIL, J., 2010: *El conocimiento científico en el proceso civil: Ciencia y tecnología en tela de juicio,* Valencia: Tirant lo Blanch.

PICÓ I JUNOY, J., 2001: *La prueba pericial en el proceso civil español, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil,* Barcelona: Bosch Editor.

— 2007: *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del* brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam *y su repercusión actual,* Barcelona: Bosch editor.

POSNER, R., 1999: *An Economic Approach to the Law of Evidence,* John M. Olin Law & Economics, Working Paper núm. 66. Disponible en *http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf*.

REDMAYNE, M., 1998: «Admissibility Standards for Scientific Evidence», en I. MADELLIN (ed.), *Admissibility Evidence in Criminal Cases,* Collected Papers.

— 2001: *Expert Evidence and Criminal Justice,* New York: Oxford University Press.

ROBERTS, P., y ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal Evidence,* New York: Oxford University Press.

SARTORIUS, R. (ed.), 1983: *Paternalism,* Minneapolis: Minnesota University Press.

SCHAUER, F., y SPELLMAN, B. A., 2013: «Is Expert Evidence Really Different?», en *Notre Dame Law Review,* 89, vol. 1.

STEIN, A., 2005: *Foundations of Evidence Law,* New York: Oxford University Press.

STEIN, F., 1893: *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse.* Citado por la traducción al castellano de A. DE LA OLIVA, *El conocimiento privado del juez,* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

THAYER, J. A., 1998: *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law,* Cambridge: Harvard University Press.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D., y SLOVIC, P., 1982: *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge: Cambridge University Press.

VAN DE VEER, D., 1986: *Paternalistic Intervention,* Princeton: Princeton University Press.

VÁZQUEZ, C., 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial,* Barcelona: Marcial Pons.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *IN DUBIO PRO REO* Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. MODELANDO PRINCIPIOS DEL JUICIO PENAL MEDIANTE UN SISTEMA ARGUMENTATIVO*

Luis Alfonso Malavé Naime

Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

RESUMEN. En el presente trabajo, analizaremos algunas características argumentativas importantes de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* en el juicio penal, desde la perspectiva de un sistema argumentativo y modelo computacional llamado «Sistema Argumentativo con estructuras Paralelas y Subordinadas» (SAPS). Además, presentaremos algunos aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho penal y cómo puede ser modelada mediante SAPS. Por último, compararemos nuestro análisis con el de otros sistemas argumentativos.

Palabras clave: Presunción de inocencia, *in dubio pro reo,* argumentos paralelos, argumentos subordinados, peso de los argumentos, estatus argumentativos, estándar de prueba, carga de la prueba.

Artificial Intelligence, *In Dubio Pro Reo* and Presumption of Innocence. Modeling principles of criminal trial by an argumentation system

ABSTRACT. In this paper we will analyze some important argumentative characteristics of the presumption of innocence and the *in dubio pro reo* in the criminal trial, from the viewpoint of an argumentative system and computational model called «System of Argumentation with Parallel and Subordinated structures» (SAPS). Also, we will show some general aspects about the burden of proof in the Criminal Law and how can be modelled by SAPS. Lastly, we will compare our analysis with other systems.

Keywords: Presumption of innocence, *in dubio pro reo,* parallel arguments, subordinate arguments, weight of arguments, argument status, proof standard, burden of proof.

* Fecha de recepción: 2 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.

1. INTRODUCCIÓN

Los últimos años han visto nacer un área interdisciplinar que abarca la Teoría de la Argumentación y la Inteligencia Artificial, llamada Inteligencia Artificial y Argumentación (IA&A). En la IA&A, no sólo se formulan sistemas argumentativos propios de la Teoría de la Argumentación, también son puestos a prueba mediante modelos computacionales diseñados con las herramientas desarrolladas en la Inteligencia Artificial[1]. A su vez, la Argumentación Jurídica, como parte importante y gran inspiradora de la Teoría de la Argumentación, se enriquece de la IA&A y es campo de prueba constante para ella. Mientras que la IA&A desarrolla nuevos enfoques y estrategias gracias a los aportes teóricos y prácticos de la Argumentación Jurídica, los análisis formales de la IA&A dejan su huella en los formalismos de la Argumentación Jurídica. El resultado es un campo de estudio que abarca Inteligencia Artificial, Argumentación y Derecho, y que forma parte importante del área llamada Inteligencia Artificial y Derecho (IA&D, en inglés: *Artificial Intelligence and Law*, *AI&Law*).

La presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* son temas centrales en cualquier análisis sobre la distribución de la carga de la prueba en el juicio penal. La distribución de la carga de la prueba influye en la evaluación de los argumentos de las partes. Por ello, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* constituyen un rico campo de análisis para los sistemas argumentativos de la IA&A (e IA&D). De allí nuestra principal motivación al realizar este trabajo. Nuestra meta es mostrar cómo algunos elementos de un sistema argumentativo («Sistema Argumentativo con estructuras Paralelas y Subordinadas» o SAPS) pueden resolver argumentos que se relacionen con la presunción de inocencia y el *in dubio* en el juicio penal. Esperamos, también, que nuestro análisis pueda brindar un enfoque que resulte interesante a los teóricos del derecho penal.

¿Por qué distinguimos entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*? Es cierto que algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos sólo disponen de normas sobre la presunción de inocencia, sin que el principio de *in dubio pro reo* sea expresamente incluido (aunque, en gran parte de los casos, el *in dubio pro reo* era tomado como principio del proceso penal antes de que la presunción de inocencia fuese incluida expresamente en los ordenamientos jurídicos); no obstante, de la diversas dimensiones de la presunción de inocencia que pueden describirse, dos nos parecen especialmente relevantes desde el punto de vista argumentativo: 1) la presunción de inocencia como regla de valoración de las pruebas, y 2) la presunción de inocencia como regla de juicio (FERNÁNDEZ, 2004:246-247). Como enseguida veremos, la primera dimensión es lo que consideraremos la presunción de inocencia en sentido estricto, mientras que la segunda es lo que coincide con la caracterización del *in dubio pro reo*. De tal manera que la distinción la hacemos sólo para enfatizar estas dos facetas de la presunción de inocencia —un excelente recuento de la distinción entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo* en (FERNÁNDEZ, 2004)—.

Las definiciones de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* que serán tomadas en cuenta en este trabajo no se basan en ningún ordenamiento jurídico en concreto,

[1] Para un recorrido reciente sobre IA&A, *vid.* el capítulo 11 de *Handbook of Argumentation Theory* (EEMEREN *et al.,* 2014: 615-660).

pero creemos que son lo suficientemente amplias como para adaptarse a gran parte de los ordenamientos. La presunción de inocencia es, llanamente, una presunción *iuris tantum* (es decir, una presunción que admite prueba en contrario) que prescribe (en un juicio penal) presumir la inocencia del imputado, mientras no se pruebe lo contrario (específicamente, mientras no se pruebe lo contrario, el juez debe decidir la inocencia del imputado). El principio *in dubio pro reo*, por su parte, prescribe que si existe duda sobre la culpabilidad del imputado, el juez debe decidir que es inocente. Nuestras definiciones serán precisadas un poco más en el desarrollo del trabajo, pero es importante distinguirlas en el siguiente sentido: la presunción de inocencia opera ante la ausencia de pruebas directas de culpabilidad o cuando las pruebas no tienen suficiente peso para derrotar la presunción (dimensión de la presunción de inocencia como regla de valoración de las pruebas), en cambio, el *in dubio pro reo* opera cuando, habiendo pruebas razonables en contra de la inocencia, hay escenarios razonables en los que el imputado pudiera ser inocente (lo cual corresponde con la dimensión de la presunción de inocencia como regla de juicio).

El peso de los argumentos y los escenarios razonables (la existencia de dudas razonables) son dos elementos esenciales que serán precisados en nuestro análisis, para lo cual introduciremos el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable». No obstante, dado el ámbito general del estudio que realizaremos, es posible que el estándar de prueba aquí especificado no corresponda al de algunos ordenamientos jurídicos. Esperamos comprensión en ese sentido, aunque pretendemos construir dicho estándar de manera que sea fácilmente moldeable a ordenamientos específicos.

SAPS es un trabajo en progreso. Sólo tomaremos los elementos y definiciones que consideramos necesarios para hacer comprensible el análisis que llevaremos a cabo. Este sistema forma parte de lo que ha sido llamado Argumentación Estructurada. La Argumentación Estructurada se aparta de la línea más popular de argumentación en IA, llamada Argumentación Abstracta, porque, en esta última, los argumentos son los átomos del sistema, mediados por relaciones de ataque; mientras que la Argumentación Estructurada, como su nombre lo indica, toma en cuenta las distintas estructuras argumentativas, como la relación entre las premisas de varios argumentos o las diversas formas de ataque, según el punto de la estructura al que se dirige —los orígenes de la Argumentación Abstracta en (Dung, 1995) y (Vreeswijk, 1997); una introducción a la semántica de la Argumentación Abstracta en (Baroni *et al.*, 2009)—. Además, en la Argumentación Estructurada, el análisis tiene lugar en un contexto dialógico, donde hay interlocutores que brindan argumentos para apoyar o atacar sus pretensiones correspondientes (en contraposición con el contexto monológico de la Argumentación Abstracta). Ese enfoque dialógico conduce a tomar en cuenta la carga de la prueba y los estándares de pruebas, los cuales serán especialmente relevantes en el presente trabajo. Los sistemas más notables que incorporan la carga de la prueba en el análisis argumentativo son Carneades —entre otros (Gordón *et al.*, 2006, 2007 y 2009)— y ASPIC —entre otros (Prakken *et al.*, 2005, 2007, 2008, 2009 y 2011) y (Mogdil *et al.*, 2013)—.

SAPS tiene su origen en investigaciones previas sobre estructuras argumentativas paralelas y subordinadas —(Malavé, 2012 y 2014), (Piacenza, 2005)—. Un objetivo principal de SAPS es modelar y evaluar discusiones argumentativas según los posibles ataques a esas estructuras y según los valores o pesos de los argumentos. SAPS parte

de los argumentos en una discusión como datos crudos, de los cuales determina sus relaciones conflictivas o de cooperación. La evaluación de los argumentos, como se verá, es dividida en dos niveles (en los casos básicos), y depende de las relaciones de subordinación, del tipo de ataque y, en algunos casos, del peso de los argumentos en conflicto.

El trabajo está dividido en cuatro partes. En primer lugar, introduciremos algunos elementos fundamentales de SAPS. En segundo lugar, modelaremos la presunción de inocencia como una regla por defecto, ilustrando diversos escenarios discursivos en los cuales tiene lugar la aplicación de la presunción de inocencia. En tercer lugar, modelaremos el principio *in dubio pro reo* y daremos algunos ejemplos interesantes de su uso en el juicio penal. Por último, concluiremos analizando la distribución de la carga de la prueba, mediante las definiciones de carga de producción y carga de persuasión, y comparando sucintamente nuestro enfoque con el de otros sistemas argumentativos, específicamente Carneades y ASPIC.

2. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA ARGUMENTATIVO: SAPS

2.1. Definiciones básicas

Definición 1: estructura argumentativa básica en SAPS. Una estructura argumentativa básica será una 3-tupla [*Argumentos*, *valor*, *Problemas*], donde *Argumentos* es un conjunto de argumentos que tienen lugar en la discusión, *Problemas* es un conjunto (posiblemente vacío) de proposiciones que son el o los problemas principales que se discuten, *valor* es una función que toma cada argumento en Argumentos y le asigna un valor entre 0 y 1 (*i. e. valor*: *Argumentos* → [0,1]). Como veremos más adelante, el valor de un argumento puede verse como su peso o razonabilidad en el contexto de la discusión.

Definición 2: argumento. Un argumento es una 3-tupla [P,R,c]. Donde P es un conjunto que contiene las premisas del argumento, pero que puede estar vacío; R es un conjunto no vacío de reglas; c es una conclusión. Para simplificar, las premisas contenidas en P y la conclusión son proposiciones simples o sus negaciones. La conclusión puede ser una proposición que niega o afirma la aplicabilidad de una regla en un caso particular.

Si el conjunto P es vacío (P = {} = Ø), el argumento será [Ø,R,c]. Cuando no haya duda sobre las reglas que forman parte del argumento, o cuando no sea relevante especificarlas, incluiremos expresamente el valor que es asignado al argumento según la función *valor*, de manera que serán resumidas de la siguiente manera: [P,v,c] o [Ø,v,c].

Definición 2.1: argumento simple. Un argumento [P,R,c], será simple si P contiene el conjunto vacío, Ø; contiene una proposición simple, p, o su negación, –p. En cualquier caso, R contendrá una regla. En tales casos, sólo señalaremos la regla específica en R: [P,r,c].

Definición 3: reglas. Las reglas serán expresadas «x → y». Donde x es una proposición o el conjunto vacío (en tal caso la regla es Ø → y), mientras que y es una proposición.

Las reglas pueden ser estrictas o presuntivas.

Las reglas presuntivas son aquellas que admiten prueba en contrario. En tales casos, una regla como «x → y» puede parafrasearse de la siguiente manera «mientras nada diga lo contrario, si tiene lugar el antecedente, x, concluye el consecuente, y» o «si x, mientras nada diga lo contrario, concluye y». Cuando el antecedente de la regla es vacío, puede expresarse: «mientras nada diga lo contrario, concluye y». Los argumentos formados con reglas presuntivas son argumentos presuntivos. Los argumentos presuntivos son aquellos cuyas conclusiones son cancelables al agregar nueva información al conjunto de premisas.

Las reglas estrictas son reglas de inferencias deductivas, es decir, reglas cuyo consecuente se sigue necesariamente del antecedente. Por tanto, las reglas estrictas dan lugar a argumentos deductivos o estrictos (las conclusiones son necesarias aunque se añada nueva información a las premisas).

Definición 4. Argumentos bien formados. Un argumento [P,R,c], estará bien formado si, y sólo si, la proposición que es antecedente de cada regla es incluida como premisa del argumento (*i. e.* por cada premisa, p, del conjunto de premisas, P, hay una regla tal que p corresponde con r), y el consecuente de cada regla coincide con la conclusión, c, de dicho argumento.

Lo anterior implica que el argumento formado a partir de una regla de antecedente vacío, Ø → y, tiene como premisa el conjunto conformado por el conjunto vacío (*i. e.* P = {{}} = {Ø}), en vez del conjunto vacío (P = {} = Ø). Esto último cobrará suma importancia más adelante, al analizar la presunción de inocencia como argumento en una discusión. También implica que si hay más de una regla en el conjunto de reglas del argumento, entonces todas deben tener el mismo consecuente (como veremos más adelante, estamos ante un argumento paralelo).

De ahora en adelante, daremos por hecho que los argumentos que analizaremos son argumentos bien formados.

— Valor de los argumentos. Los argumentos tendrán un valor o peso, entre 0 y 1, según la plausibilidad o razonabilidad que se le otorga. Un argumento tendrá valor = 1 si, y sólo si, es un argumento estricto o deductivo. Un argumento con un peso menor a 0,5 no es razonable. De ahora en adelante, sólo hablaremos de peso del argumento, señalando que uno puede ser más pesado que otro o que ciertos umbrales, pero no determinaremos valores específicos.

Algunas razones para otorgar más peso a un argumento con respecto a otro, son las siguientes:

a) Especificidad: si un argumento, A, es más específico que otro, B, entonces A tiene más peso que B.

Por ejemplo, A señala que, dado que Tito es un ave, Tito vuela; pero B contraargumenta diciendo: Tito es un pingüino, por tanto, no vuela. Intuitivamente, el argumento de B le gana al argumento de A. La razón es que el argumento de B es más específico que el de A, por cuanto el que Tito sea un pingüino, implica que Tito es un ave. De igual manera, el fiscal señala que Tito es culpable del delito de homicidio, porque Tito asesinó a Nito; pero la defensa señala que Tito no es culpable, por cuanto asesinó

a Nito en legítima defensa. El argumento que apela a la legítima defensa tiene más peso por ser más específico que el argumento que sólo afirma el asesinato. La premisa que se agrega en los argumentos más específicos pueden ser vistas como excepciones al argumento más general, por lo tanto que Tito haya obrado en legítima defensa es una excepción para el argumento del fiscal; de igual manera, que Tito sea pingüino es una excepción para el argumento de A.

b) Confiabilidad sin especificidad: dados dos argumentos, A y B, ninguno más específico que el otro. Si A es más confiable que B, entonces A tiene más peso que B.

Por ejemplo, supongamos el argumento A: el niño, p, cuya madre es pareja de un hombre, j, se parece mucho a ese hombre; por tanto, t es hijo biológico de j. Ahora se da un segundo argumento, B: el examen de ADN indica que la carga genética del niño no es semejante a la del hombre en cuestión, por tanto t no es hijo biológico de j. En este caso, ninguno de los argumentos es más específico (ninguno contiene información que sea una excepción para el otro), sin embargo, es evidente que el argumento sobre la prueba de ADN tiene más peso, por cuanto la identificación de la carga genética de las personas tiene lugar por un proceso mucho más confiable que el que tiene lugar simplemente observando las semejanzas fenotípicas entre dos personas.

2.2. Relaciones entre argumentos simples - estructuras complejas

Entre un conjunto de argumentos puede haber relaciones de cooperación o relaciones de conflicto. Las relaciones de cooperación se dividen en estructuras subordinadas y estructuras paralelas. Las relaciones de conflicto pueden ser refutatorias, recusatorias o socavatorias.

Definición 5.1: estructuras subordinadas. Tienen lugar cuando, al menos, una premisa de un argumento es apoyada, a su vez, por la premisa de otro argumento (se forma una cadena de premisas y sub-premisas o, desde otro punto de vista, una cadena de conclusión y sub-conclusiones). En tales casos, se forman dos argumentos simples: por ejemplo dados A: $[Pa,r_a,b]$ y B: $[Pb,r_b,c]$, donde b es, a su vez, una premisa en Pb, diremos que B está subordinado a A y, en general, que hay una relación subordinada entre A y B.

Definición 5.2: estructuras paralelas. Las estructuras paralelas tienen lugar cuando hay varias premisas apoyando la misma conclusión. Es decir, hay varios argumentos simples con la misma conclusión.

En tales casos, un algoritmo en SAPS une todas las premisas simples en un conjunto que las contenga, lo mismo con todas las reglas. Por ejemplo, dados A: $[Pa,r_a,c]$ y B: $[Pb,r_b,c]$, donde $Pa = \{a\}$ y $Pb = \{b\}$, y donde r_a y r_b son las únicas reglas en Ra y Rb, respectivamente, diremos que A y B son argumentos paralelos. Por tanto, podemos unirlos para formar un sólo argumento $[P_{a+b},R_{a+b},c]$, donde $P_{a+b} = \{a,b\}$; $R_{a+b} = \{r_a,r_b\}$.

Ante un argumento como $[P_{a+b},R_{a+b},c]$, el valor v_{a+b} depende de las condiciones de asignación de la función *valor*. Por ejemplo, se pueden sumar los valores de los argumento simples y se normalizan (para que el valor máximo sea 1), otra manera es escoger el máximo valor de los argumentos simples. En este trabajo usaremos la función

que escoge el máximo valor entre los argumentos simples que conforman el argumento paralelo. De ahora en adelante, esa función *valor* será llamada *vmax*. Dicha función, en una relación paralela, toma un conjunto de valores de los argumentos simples no injustificados (es decir, cuyas premisas o reglas no sean exitosamente atacadas por otro argumento) y escoge el mayor valor entre todos los del conjunto. De esta manera, si un argumento paralelo de premisas p_1, p_2,..., p_n tiene valores v_1, v_2,..., v_n, pero las premisas p_3,...,p_n o las reglas r_3,...,r_n, son atacadas exitosamente (son derrotadas o se demuestra que son falsas), entonces los valores que tomará en cuenta la función *vmax* serán v_1 y v_2, por tanto, si v_2 tiene más peso que v_1 (*i. e.* $v_2 > v_1$), entonces $vmax(\{v_1, v_2\}) = v_2$, de manera que la función *valor* de v_1+2 será $vmax(\{v_1, v_2\}) = v_2$.

Dos casos en los que hay que hacer énfasis son los siguientes: 1) Si A es el argumento donde $P_a = \{\}$ ($P_a = \emptyset$), de manera que A = [Ø,R_0,c], y *B*: [P_b,R_b,c], entonces la unión de ambos argumentos es AB = [P_b,R_b,c]. 2) Si, en cambio, A es el argumento donde $P_a = \{\emptyset\}$, es decir, A = [{Ø},R_a,c], y B: [P_b,R_b,c], entonces la unión de ambos argumentos es AB = [P_{a+b},R_{a+b},c], donde $P_{a+b} = \{\emptyset\} \cup \{x \mid x \in Pb\}$ y $R_{a+b} = \{\emptyset \rightarrow c\} \cup \{r_x \mid r_x \in R_b\}$. Por ejemplo, si $P_b = \{b\}$, entonces $P_{a+b} = \{\emptyset,b\}$ y $R_{a+b} = \{\emptyset \rightarrow c, b \rightarrow c\}$. En cualquier caso, El valor, v_{a+b}, será el máximo dado por la función *vmax* entre el valor de A y el valor de B.

Hay al menos dos tipos de relaciones paralelas: relaciones convergentes y relaciones encadenadas.

Definición 5.2.1: relaciones convergentes. Son argumentos paralelos en los que cada argumento simple que lo componen es independiente de los otros en el siguiente sentido: dados n argumentos simples a favor de una misma conclusión, si m de esos argumentos ($1 \leq m \leq n–1$) fuesen atacados con éxito (sin que se ataque la conclusión, sólo sus premisas o reglas), la conclusión se mantendría con los argumentos simples restantes. En el caso límite, un sólo argumento simple pudiera mantener la conclusión, aunque todos los demás fuesen atacados (en sus premisas o reglas) exitosamente.

Definición 5.2.2: relaciones encadenadas. Son argumentos paralelos en los que si una de las premisas o reglas es atacada exitosamente, el argumento estará injustificado (la conclusión no se mantendrá). En otras palabras, si al menos uno de los argumentos simples que componen el argumento paralelo es exitosamente atacado en su premisa o regla, no se puede mantener la conclusión, pese a los demás argumentos simples a favor de dicha conclusión.

Un ejemplo de relación convergente es «El sistema postal no es perfecto, porque las cartas no llegan a tiempo y, por otra parte, llegan en mal estado». Uno de relación encadenada es «el sistema postal es perfecto, porque las cartas siempre llegan a tiempo y siempre llegan en buen estado». En el primer ejemplo, aunque una de las premisas fuese atacada con éxito, la conclusión de que el sistema postal no es perfecto se mantendría; en el segundo ejemplo, si cualquiera de las premisas fuese atacada con éxito, la conclusión no se mantendría. Por defecto, las relaciones paralelas analizadas serán convergentes[2]. Sin embargo, como veremos en el ejemplo del análisis del *in dubio pro*

[2] En un sistema completo, las relaciones paralelas pueden ser, por defecto, convergentes, pero deben tomar en cuenta los principios formulados por PRAKKEN (2005:2).

reo, podemos modelar algunos casos, excepcionalmente, como argumentos paralelos encadenados.

La figura 1 muestra los gráficos que usaremos para representar argumentos simples, convergentes y encadenados. Argumento A: [Pa,ra,c]; argumento paralelo convergente BD = [P_{b+d},r_{bd},c], donde Pb contiene una premisa, b, y Pd contiene una premisa, d; Argumento coordinado EF = [P_{e+f},r_{ef},c].

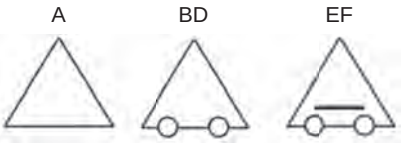


Fig. 1

Relaciones de conflicto: refutatorios, recusatorios y socavatorios.

Definiremos, según la manera estándar, tres tipos de conflictos: ataque a la conclusión o refutatorio, ataque a la regla o recusatorio y ataque a la premisa o socavatorio. Para simplificar el modelo, si un argumento, A, ataca un elemento (premisa, regla o conclusión) de un argumento, B, quiere decir que la conclusión de A es la negación de ese elemento de B. Si x niega una proposición y, quiere decir que x = –y. De esta manera, tenemos:

Definición 6.1: refutatorio (ataque de conclusiones): A: [Pa, r_a, –c] y B: [Pb, r_b, c]

La relación es recíproca: si A refuta B, B refuta A.

Definición 6.2: recusatorio (ataque a la regla): A: [Pa, r_a, –rb] y B: [Pb, r_b, cb]. En este caso, A recusa B. Este es el *undercutter* definido por POLLOCK —*vid.*, entre otros, (POLLOCK, 1994: 380)—. La conclusión de A puede verse como una proposición que expresa que no es aplicable en este caso la regla del argumento B[3].

Definición 6.3: socavatorio (ataque a la premisa): A: [Pa, r_a, –b] y B: [Pb, r_b, c], donde b es un elemento de Pb (si B es un argumento simple, entonces Pb = {b}).

La figura 2 muestra los tres tipos de ataque: Refutatorio entre A y B; recusatorio de C a D; socavatorio de E a F.

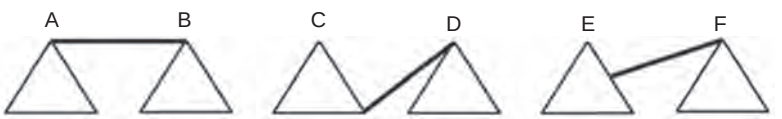


Fig. 2

[3] De igual manera, cualquier argumento [Px,ry,rx] debe entenderse como un argumento cuya conclusión es una proposición que afirma la aplicabilidad de la regla x.

2.3. Evaluación argumentativa: estatus de los elementos de los argumentos

El método de evaluación que usaremos es la asignación de un único estatus a los argumentos (no a las proposiciones que los componen), justificado o injustificado. En el contexto de una discusión, un buen argumento es aquel al que se le asigna el estatus justificado. En tales casos, su conclusión debe mantenerse racionalmente en el contexto de la discusión. Cuando un argumento está injustificado, sea cual sea la razón, no es un buen argumento, de manera que no es razonable mantener su conclusión en el contexto de la discusión.

Para determinar el estatus de los argumentos, usaremos un proto-algoritmo de evaluación en SAPS. La razón para usar elementos del algoritmo de SAPS, cuando sería más conciso definir una semántica del sistema, es que consideramos que es preferible ilustrar el proceso por el que llegamos a la evaluación de los argumentos específicos en cada caso.

En el proto-algoritmo, la asignación de estatus dependerá de las relaciones locales (o relaciones directas) de los argumentos. Un elemento básico del proto-algoritmo es que, en primer lugar, se intenta asignar un estatus a los argumentos no subordinados (es decir, aquellos cuyas premisas no están fundamentadas en nada más) y, a partir del estatus asignados a ellos, se evalúan los argumentos con los que se relacionan directamente de manera cooperativa o de manera conflictiva (se evalúan los hijos de ese argumento).

Lo anterior implica dividir los argumentos en dos niveles, nivel 0 y nivel 1. Para evaluar los argumentos no subordinados, los añadimos al nivel 0. Los demás estarán en el nivel 1. Especificaremos reglas de evaluación de las relaciones entre los argumentos que pertenecen a cada nivel. En el nivel 0, la evaluación argumentativa depende de las relaciones conflictivas: comenzamos otorgando un estatus a los argumentos que no son atacados por nada o que están en relaciones de refutación; posteriormente, se otorga el estatus a los argumentos (del nivel 0) atacados por alguno ya evaluado. Para la evaluación de los argumentos en el nivel 1 se toma, uno a uno, cada argumento evaluado —argumento madre— (en primer lugar, los del nivel 0, y luego los que van siendo evaluados del nivel 1) y se determina el estatus de los argumentos que se relacionan con el argumento madre —sus hijos— (sea que se relacionen de manera cooperativa o conflictiva).

En lo siguiente, sólo indicaremos las reglas de evaluación de los niveles 0 y 1 que son necesarias para el análisis de los casos que nos interesan en este trabajo. Además, en vez de sólo plasmar las reglas de manera condicional o algorítmica, las ilustraremos mediante gráficos, por cuanto consideramos que es una manera más intuitiva y didáctica de expresarlas.

Signos del gráfico:

Signo positivo (+) significa que el argumento está justificado o es exitoso. Signo negativo (–) significa que el argumento está injustificado o no es exitoso.

El signo de igualdad (=) entre dos argumentos significa que ambos tienen reglas de igual valor asignado (de manera que ambos argumentos son igual de razonables). El

signo «<» significa que la regla del argumento a la izquierda del símbolo tiene menor valor o peso de razonabilidad que el de la derecha.

En las definiciones algorítmicas, «A: = X» significa «asigna el estatus X al argumento A».

Si un argumento es de color negro, quiere decir que ya ha sido evaluado en un paso anterior. Si colocamos tres puntos debajo de un argumento, quiere decir que, posiblemente, la cadena de argumentos evaluados en pasos anteriores continúa.

Definición 7: evaluación de argumentos del nivel 0 (argumentos no subordinados).

N_0-1*) El argumento A no es atacado. A: = justificado (común para argumentos paralelos).

N_0-2*) Ataque refutatorio entre A y B. A tiene menos peso que B. A: = injustificado, B: = justificado (común para argumentos paralelos).

N_0-3*) Ataque refutatorio entre A y B. A tiene igual peso que B. Ambos argumentos, A y B: = injustificados (común para argumentos paralelos).

N_0-4) Ataque socavatorio de B a la premisa de A. Donde B está justificado previamente. A: = injustificado.

N_0-5) Ataque de B a la regla de A (recusatorio). Donde B está justificado previamente. A: = injustificado.

En la aplicación del algoritmo, la asignación de estatus debe comenzar por las relaciones descritas en las reglas con estrellas (N_0-1*, N_0-2* o N_0-3*). Estas tres reglas, además, son comunes para los argumentos simples y argumentos paralelos.

En la figura 3, resumimos las reglas del nivel 0 en sus respectivos gráficos. Notemos que las reglas con estrellas son las únicas que comienzan con todos los argumentos en blanco. Se puede demostrar (pero no lo haremos en este trabajo) que el nivel 0 siempre contiene una de las relaciones de reglas con estrellas o un tipo de relaciones más complejas, no descritas acá, llamadas conflictos o ataques cruzados —*crossover defeats*, *vid.* PRAKKEN, 2002: 27)—.

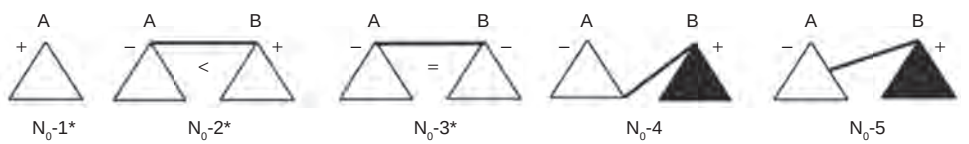


Fig. 3

Definición 8: evaluación de argumentos del nivel 1 (argumentos subordinados).

Recordemos que el argumento madre es el argumento en la base del gráfico (argumento negro), mientras que el argumento al cual se le está asignando un estatus es el argumento blanco.

a) Si el argumento madre está justificado (puede haber más de un argumento madre):

N_1-j2) Si el argumento hijo, A, no es atacado, A: = justificado.

N_1-j3) Si los argumentos hijo, A y B, de madres distintas, se refutan pero B tiene más peso que A. A: = injustificado, B: = justificado.

N_1-j4) Si los argumentos hijos, A y B, de madres distintas, se refutan pero tienen igual peso. A y B: = injustificados[4].

N_1-j5) Si un argumentos hijo, A, está en relación de refutación con otro argumento, B, ya evaluado como injustificado. A: = justificado[5].

b) Si el argumento *madre* está injustificado:

N_1d-1) En cualquier caso, prescribiremos que el argumento hijo estará injustificado[6].

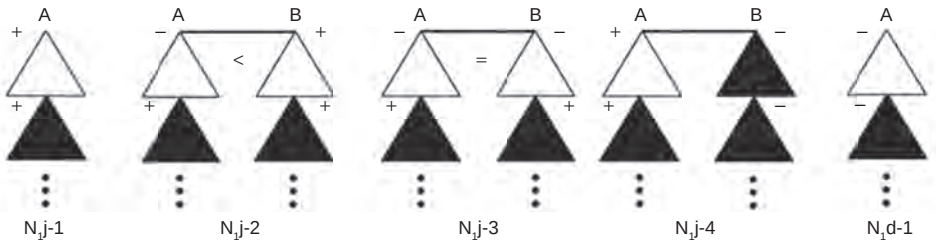


Fig. 4

Por último, añadiremos un conjunto de reglas específicas de evaluación para argumentos paralelos. Notemos que algunos de estas reglas en realidad pertenecen al nivel 0 y otras al nivel 1, pero las agrupamos para distinguir los casos evaluativos de argumentos simples de los casos evaluativos de argumentos complejos.

Definición 9: evaluación de argumentos paralelos (en nivel 0 o nivel 1).

Si un argumento justificado, C, socava una premisa (premisa del argumento simple B) de un argumento paralelo, AB, entonces:

N_{0C}-1) Si AB es convergente, AB: = justificado (aunque, posiblemente, debilitado en su peso).

N_{0E}-1) Si AB es encadenado, AB: = injustificado.

Si un argumento justificado, C, recusa una de las reglas simples (regla del argumento simple B) de un argumento paralelo, AB, entonces:

---

[4] Por defecto, prescribimos que si dos argumentos se refutan y tienen el mismo peso, estarán injustificados (reglas de evaluación N_0-2* y N_1-j4). Sin embargo, esto refleja solamente una de las estrategias de decisión que pueden modelarse mediante SAPS u otros sistemas. Ante estos casos, hay dos estrategias generales que han sido descritas: 1) Estrategia de decisión crédula: la conclusión razonable es elegida arbitrariamente, cualquiera es, en principio, razonable. 2) Estrategia de decisión escéptica: ninguna de las conclusiones es razonable, por lo cual ambos argumentos están injustificados. Notemos que las reglas de estatus de los casos N_0-2* y N_1-j4, por defecto, implican una estrategia escéptica.

[5] Esta es una simplificación del sistema, pues lo correcto es determinar las razones por las que B está injustificado (puede haber dos razones: que esté bloqueado, cuando el argumento que lo refuta es de igual peso; o derrotado, cuando el argumento que lo refuta es de mayor peso).

[6] Nuevamente, estamos haciendo una simplificación de SAPS. El sistema original debe distinguir si el argumento madre está injustificado por estar bloqueado o por estar derrotado.

N_{0C}-2) Si AB es convergente, AB: = justificado (aunque, posiblemente, debilitado en su peso).

N_{0E}-2) Si AB es encadenado, AB: = injustificado.

Si un argumento *madre* está injustificado, y apoya una de las premisas (premisa b) de un argumento paralelo, AB, entonces:

N_{1C}-1) Si AB es convergente, AB: = justificado (aunque, posiblemente, debilitado en su peso).

N_{1E}-1) Si AB es encadenado, AB: = injustificado.

En la figura 5, resumimos las reglas para argumentos paralelos.

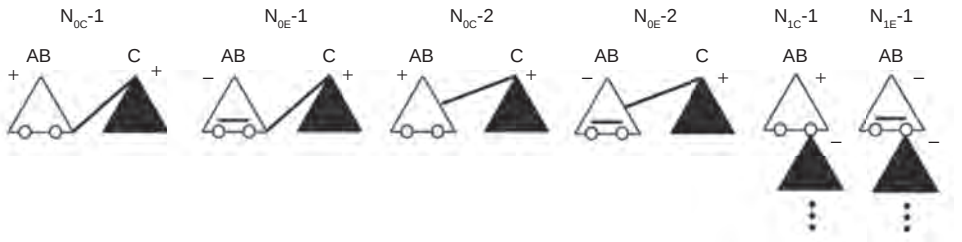


Fig. 5

Un punto importante, que no es evidente de los diagramas, es que en los argumentos convergentes, al ser atacados en alguna de sus premisas o recusados en alguna de las reglas de los argumentos simples que los componen, el peso del argumento resultante posiblemente sea menor que el del argumento original paralelo. Una manera de formalizar este debilitamiento lo daremos más adelante, pero, intuitivamente, puede entenderse como restarle al argumento paralelo AB el peso del argumento simple socavado o recusado, B. Aunque queda más allá del presente trabajo, en SAPS tales casos conducen a un proceso de actualización de la estructura argumentativa.

3. INTERPRETANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA

La presunción de inocencia expresa que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario. Cuando la discusión que quiere modelarse implica el uso de la presunción de inocencia, en el sentido en que opera en los juicios penales, consideramos que hay al menos tres características evaluativas que deben converger:

1) A diferencia de otras presunciones *iuris tantum*, se justifica la inocencia del imputado sin tener que demostrar alguna proposición, de manera que debe ser interpretada como una regla presuntiva sin antecedente «$\emptyset \rightarrow$ Inocente». En el caso concreto del juicio penal, la regla en cuestión puede parafrasearse de la siguiente manera: «mientras nada diga lo contrario, concluye que el imputado es inocente».

2) Peso: en algunos casos, el juez ha de mantener la inocencia del imputado incluso ante la existencia de pruebas o indicios de culpabilidad. Por ejemplo, en Venezuela el testimonio de los funcionarios policiales que hicieron la detención del impu-

tado no es suficiente para superar el peso de la presunción de inocencia[7]. Esto puede modelarse otorgándole al argumento formado por la presunción de inocencia un peso superior al peso de los argumentos formados por ciertas pruebas o indicios.

3) El fiscal debe proporcionar argumentos que refuten directamente los argumentos a favor de la inocencia del imputado. Es decir, no es suficiente que el fiscal ataque de manera exitosa las razones a favor de la inocencia dadas por la defensa, también debe dar algún argumento cuya conclusión sea la negación de la proposición «el imputado es inocente».

Estos tres puntos nos llevan al siguiente modelo de la presunción de inocencia en el juicio penal: en la etapa de discusión argumentativa de los modelos del juicio penal, estará presente la presunción de inocencia interpretada como un argumento donde el conjunto de premisas contiene el conjunto vacío. De esta manera, el argumento de la presunción de inocencia se formalizará como [{Ø},Ø→inocente,inocente], abreviado [{Ø},r_0,inocente], donde la regla de la presunción es r_0 (pero recordemos que, mientras no sea ambiguo su uso, omitiremos la mención a la regla e incluiremos el peso del argumento [{Ø},v_0,inocente]).

En la figura 6 diagramamos el argumento de la presunción de inocencia.

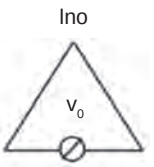


Fig. 6

Como se mostrará en los siguientes ejemplos, al modelar el argumento de presunción de inocencia de este modo, es posible agregar nuevas premisas a favor de la inocencia, formando un argumento paralelo (que, recordemos, por defecto será convergente) donde una de las premisas es el conjunto vacío. Con esto mantenemos el potencial de aplicar la presunción de inocencia si todas esas otras premisas (o reglas) fuesen atacadas con éxito por el fiscal, pero sin que éste otorgue pruebas que demuestren directamente la culpabilidad (cumpliendo con la característica 3 antes descrita). Tal como veremos en el siguiente ejemplo.

Sea «0» el argumento de la presunción de inocencia, «F» el fiscal y «D» el defensor. Entiéndase por «inocente» cualquier proposición que afirma la inocencia con respecto a un delito particular (o a ser condenado por un delito particular) y «-inocente» la negación de «inocente». Para simplificar los ejemplos, presumiremos que toda proposición que no es atacada (no hay un argumento cuya conclusión niegue dicha proposición) es aceptada en la discusión.

Ejemplo 1. La defensa aporta un testigo (abreviado: testigo o T) a favor de la inocencia del imputado. El fiscal recusa el argumento de la defensa, señalando que

[7] Por ejemplo, la Sentencia núm. 225, Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de 23 de junio de 2004. Disponible en *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/junio/225-230604-C040123.HTM*.

el testigo no es confiable (no-confiable o Nc) (supongamos, por simplicidad, que está probado el testigo no es confiable).

0: [{Ø},v_0,inocente]
D: [{testigo},vt, inocente]
F: [{no-confiable},v_d,-r_t]

Supongamos que *vmax*({v_t,v_0}) = v_t. Es decir, el argumento del testimonio tiene más peso que el argumento de presunción de inocencia.

La evaluación del ejemplo 1 es mostrada en la figura 7. El paso 1 corresponde al primer diagrama de la izquierda, la flecha indica el siguiente paso en la evaluación de los argumentos. La x antes de una de las premisas indica que el argumento simple que contiene esa premisa está injustificado.

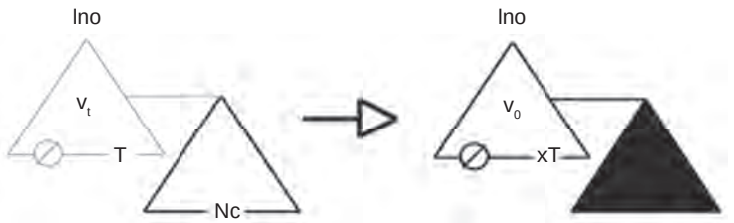


Fig. 7

Como puede observarse de la figura 7, en un primer paso, el argumento del fiscal que recusa el argumento simple [{testigo},vt, inocente] (niega que pueda aplicarse la regla del testimonio a este caso específico, por no ser confiable su testimonio) es evaluado positivamente, es decir, está justificado. Esto conduce a que, para el segundo paso, la función *vmax* sólo pueda elegir v_0 con respecto al argumento paralelo (dado que el argumento es convergente). La argumentación a favor de la inocencia sobrevive al ataque gracias al argumento de la presunción de inocencia (regla N_{0C}-2), y por cuanto el fiscal no ataca directamente la inocencia del imputado.

Ejemplo 2. El fiscal (F) trae dos pruebas a juicio para apoyar la acusación de culpabilidad: el testimonio policial (testigo-policía o Tp) y una grabación de video (grabación o G) en la que alguien que parece ser el imputado comete el delito en cuestión. El defensor (D) promueve un experto confiable que señala que no es el imputado quien aparece en la grabación (experto o Ex), de lo cual concluye que es falso que la grabación muestra la culpabilidad del imputado (-grabación o -G). Además, la defensa aporta un testigo (testigo o T) a favor de la inocencia del imputado. Por último, el fiscal recusa este último argumento de la defensa, señalando que el testigo no es confiable (no-confiable o Nc) (supongamos, para simplificar, que está probado el testigo no es confiable).

0: [{Ø},v_0,inocente]
F: [{testigo-policía},v_p,-inocente]
F: [{grabación},v_g,-inocente]
D: [{experto},v_e, -grabación]

D: [{testigo},v_t, inocente]
F: [{no-confiable},v_d,-r_t]

Supongamos que $v_g > v_t > v_0 > v_p$. Luego, *vmax* ({v_g,v_p}) = v_g y *vmax* ({v_0,v_t}) = v_t

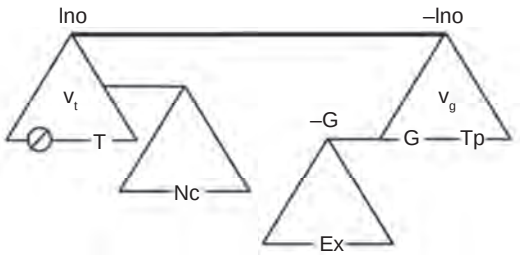


Fig. 8

Evaluación (pasos del algoritmo). Figura 9.

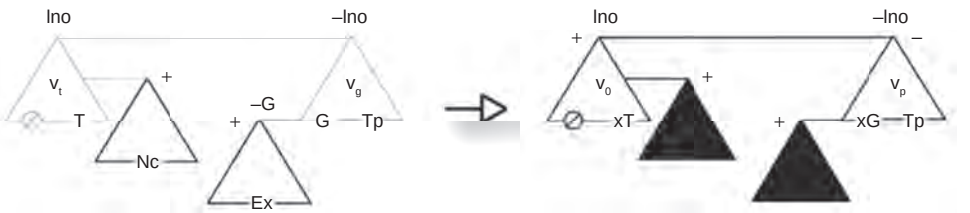


Fig. 9

Según la figura 9, en el primer paso el algoritmo evalúa como justificados los argumentos no subordinados y no atacados (regla N_0-1*), estos son: el argumento del fiscal que recusa el argumento defensor [{testigo},v_t, inocente] y el argumento del defensor que socava la premisa del argumento simple del fiscal [{grabación},v_g,-inocente]. Para el segundo paso, la función *vmax* sólo puede elegir el valor del argumento de presunción de inocencia, por un lado, y, por el otro lado, el valor del argumento del testigo policial. En consecuencia, *vmax*({v_p}) = v_p y *vmax*({v_0}) = v_0. Como hemos supuesto que $v_0 > v_p$, el ataque refutatorio se decide a favor del argumento por la inocencia, mientras que el argumento de culpabilidad queda injustificado (aplicación de la regla N_0-2*). Notemos que todos los pasos evaluativos tienen lugar en el nivel 0, pues no hay argumentos subordinados.

4. INTERPRETANDO EL PRINCIPIO DE *IN DUBIO PRO REO* EN EL SISTEMA

La aplicación del principio de *in dubio pro reo* implica que hay más de un escenario plausible o razonable, donde alguno de los escenarios justifica la inocencia del imputado y algún otro justifica la culpabilidad; no obstante, en un balance entre los ar-

gumentos que generan tales escenarios, ninguno tiene más peso que el otro o, incluso, teniendo más peso el argumento del fiscal, los argumentos de la defensa generan una duda razonable en el juez. En tales casos, el juez tiene que decidir a favor del imputado.

En este sentido, hay tres puntos importantes que deben tomarse en cuenta para modelar el *in dubio pro reo*:

1) Argumentación directa en contra de la inocencia. El fiscal debe haber dado algún argumento cuya conclusión sea la culpabilidad del imputado. De lo contrario, como analizamos anteriormente, lo aplicable es el argumento de presunción de inocencia.

2) Estándar de prueba de la culpabilidad: más allá de toda duda razonable. La necesidad de probar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del imputado configura un estándar de prueba. Siguiendo a GORDÓN y WALTON (2009: 245-246), esto puede interpretarse de la siguiente manera: dado un argumento directo en contra de la inocencia, es decir, dado un argumento que esté en relación de refutación con algún argumento a favor de la inocencia, la única forma de que ese argumento gane (se concluya la culpabilidad) es que su peso sobrepase cierto umbral y que el peso de los argumentos a favor de la inocencia estén por debajo de otro umbral[8].

3) Herencia del estándar de prueba. Ilustremos esta característica con un ejemplo de GORDÓN, PRAKKEN y WALTON (2007: 898).

Ejemplo 3. Supongamos que: *a)* el fiscal formula un argumento que demuestra que el imputado cometió homicidio intencional (la conclusión «-inocente», en este caso, se interpretará como «el imputado es culpable de homicidio intencional»), dada la premisa: «el imputado asesinó intencionalmente a la víctima» (abreviado como: asesinó o As), demos por hecho que esto está demostrado. Así, el argumento A es: «asesinó intencionalmente, por tanto, culpable de homicidio intencional». Por su parte, *b)* la defensa trae un testigo, t_1, que dice que la víctima atacó al imputado (supongamos que esa es una condición suficiente para que exista legítima defensa), con lo cual la defensa concluye que en el presente caso hay legítima defensa (o LD), y ello es una excepción para condenar al imputado por homicidio intencional. Argumento B: «t_1, por lo tanto, hubo legítima defensa, por lo tanto, inocente de homicidio». Ahora bien, *c)* el fiscal trae un testigo, t_2, que señala que el imputado tuvo tiempo para huir, por lo cual no hubo legítima defensa. Argumento C: «t_2, por tanto, no hubo legítima defensa».

Si el argumento C no pasa el umbral determinado por el estándar de prueba «más allá de toda duda razonable» (abreviaremos MDR, de ahora en adelante), entonces gana la defensa, es decir, debe mantenerse la inocencia del imputado. En otras palabras, la proposición «no hubo legítima defensa» hereda el estándar de prueba de la proposición principal sobre la culpabilidad del imputado.

Igualmente, si una de las premisas o reglas (de ahora en adelante, donde hablamos de regla queremos decir la proposición sobre la aplicabilidad de la regla) del fiscal es

[8] Según GORDÓN y WALTON (2009: 242), estos umbrales son determinados por la audiencia. La audiencia de los procesos penales puede estar conformada por la doctrina especializada, la jurisprudencia, entre otros. En este trabajo no nos pronunciamos sobre el origen de esos umbrales, sólo que es posible diseñarlos apropiadamente para modelar el estándar de prueba del *in dubio pro reo*.

cuestionada por la otra parte, esa premisa (regla)[9] hereda el estándar de prueba de la proposición principal. Por tanto, dicha premisa (regla) deberá ser fundamentada en un argumento que pase el umbral determinado por el estándar de prueba (en nuestro caso, más allá de toda duda razonable o MDR).

Más adelante discutiremos otras posiciones con respecto a la herencia del estándar de prueba e ilustraremos formalmente los argumentos del ejemplo 3, pero primero es necesario definir un conjunto que contendrá aquellas proposiciones que deben demostrarse más allá de toda duda razonable (MDR), así como un conjunto complementario de MDR (MDRc) que contenga todas las proposiciones que son negaciones de alguna proposición en MDR.

Definición 10.1: MDR = {x| x es una proposición que debe ser demostrada más allá de toda duda razonable}.

Definición 10.2: MDRc = {x| x es la negación de una proposición que es miembro de MDR}.

La definición 1 describía la estructura argumentativa básica en SAPS como una 3-tupla [*Argumentos*, *valor*, *Problemas*]. Ahora, con el fin de evaluar argumentos según el estándar de prueba MDR, agregaremos a la estructura argumentativa un conjunto que contiene todas las proposiciones cuestionadas en la discusión y los conjuntos de estándares MDR y MDRc (esto, evidentemente, puede generalizarse para agregar otro tipo de estándares, como veremos más adelante).

Definición 1'. Estructura argumentativa en SAPS más estándar MDR. Una estructura argumentativa es una 5-tupla:

[*Argumentos*, *valor*, *Problema*, *Cuestionados*, *Estándar*].

— *Argumentos*, *valor*, *Problema* son iguales que los de la definición 1.

— *Cuestionados* es un conjunto que contiene todas las proposiciones problematizadas en la discusión. En primer lugar, *Cuestionados* contiene toda proposición en *Problema* (los problemas iniciales de la discusión). En segundo lugar, *Cuestionados* contiene toda proposición o regla que sea atacada directamente en la discusión (*i.e.* hay un argumento cuya conclusión niega esa proposición o regla).

— *Estándar* = {MDR,MDRc}. Supondremos que MDR y MDRc no inician como conjuntos vacíos. En el caso del juicio penal, al iniciar la estructura argumentativa, «inocente» y «-inocente» están en MDR y MDRc, respectivamente. Asimismo, supondremos que el conjunto *Cuestionados* incluye ya todas las proposiciones atacadas por las partes (aparte de los problemas iniciales). Entonces, el conjunto completo de las proposiciones que heredan el estándar de prueba MDR puede conseguirse mediante un algoritmo que determine extensiones de MDR y MDRc.

---

[9] Hay dos casos en los que se puede objetar la inclusión en el estándar MDR de la proposición sobre la aplicabilidad de la regla: *a)* si la regla constituye una norma jurídica (por ejemplo, la norma sobre el homicidio o la legítima defensa), los cuestionamientos los decide el juez mediante su propia motivación; *b)* si es una regla presuntiva no jurídica (por ejemplo, la regla del ADN —«si la prueba de ADN señala x, mientras nada diga lo contrario, concluye x»— o la de los testigos) los cuestionamientos sobre la valoración de esas reglas pueden verse como cuestionamientos sobre la valoración de las pruebas, los cuales también los decide e juez. Aunque no ahondaremos más sobre esto en el presente trabajo, es posible distinguir los dos últimos casos del caso recusatorio, definiendo otros tipos de ataques a las reglas —en *a)* no heredan el estándar MDR los ataques a las reglas generales; en *b)* no heredan los ataques al valor de una regla—.

Algoritmo recursivo para determinar las proposiciones en las extensiones de MDR y MDRc:

Función *EN_MDR*(Argumentos, Cuestionados):

(Caso base)

Si MDR = Ø o no hay más proposiciones cuestionadas que no estén en MDR (MDRc):
Termina el algoritmo

De lo contrario:

Loop: Para cada A en Argumentos:
Sea c = conclusión de A
Sea p = una premisa o regla de A
Si c en MDR (MDRc):

Loop: Para cada p de A:

Si pen Cuestionados y no en MDR (MDRc):

— añade p a MDR (MDRc) y -p a MDRc (MDR)

Ejecuta la función *EN_MDR*(Argumentos, Cuestionados)

Fin del *Loop*

Fin del *Loop*

La idea general del algoritmo es la siguiente: si inicialmente hay una proposición en MDR (por ejemplo, «inocente») y esa proposición es la conclusión de un argumento A, las premisas (o reglas) de A estarán en MDR si son cuestionadas en la discusión (es decir, si están en *Cuestionados*, por haber sido atacadas por algún argumento B). Una vez que el algoritmo detecta una premisa (regla) de A que es cuestionada (supongamos, la premisa p), la agrega a MDR (es decir, la marca como una proposición que también debe probarse más allá de toda duda razonable), agrega –p a MDRc, y ejecuta nuevamente el algoritmo (es un algoritmo recursivo). Esa nueva ejecución del algoritmo es necesaria para detectar posibles premisas (reglas) que apoyen a p (es decir, casos de argumentos subordinados, donde p es ahora tomada como conclusión que está en MDR). Lo mismo sucede con las proposiciones en MDRc.

— Evaluación de los argumentos dado el estándar MDR.

MDR está determinado por dos umbrales, U_1 y U2, Donde $U_1 < U_1$.

Reglas de evaluación N_{0dr}-1 y N_{1dr}-1. Dados dos argumentos en refutación, A y B; A, concluye p, y p es miembro de MDRc, mientras que B tiene como conclusión –p (miembro de MDR). Si el peso de A es menor que cierto umbral 1, $v_a < U_1$ y el peso de B es mayor que cierto umbral 2, $v_b > U_2$, entonces B estará justificado y A estará injustificado; de lo contrario (*i. e.* va > U_1 o vb < U_2), A estará justificado y B injustificado.

Como puede notarse, estamos incorporando una nueva condición de evaluación específica para argumentos cuyas conclusiones están en MDR (MDRc). En la figura 10 mostramos los dos casos especiales en los que la conclusión de A está en MDRc y la conclusión de B está en MDR.

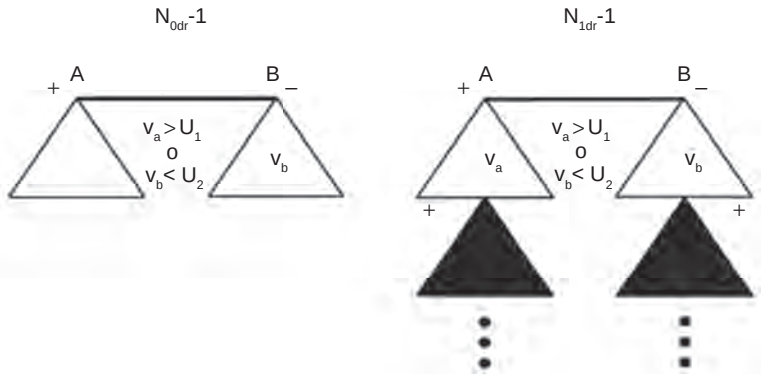


Fig. 10

Notemos que con estas nuevas reglas de evaluación, los casos en los que los argumentos de la fiscalía no tienen suficiente peso para vencer la presunción de inocencia (como el ejemplo del testigo policial modelado en el ejemplo 2) pueden modelarse como casos en los cuales esos argumentos no pasan el umbral U_2 del estándar de prueba MDR. De esta manera, el argumento de la presunción de inocencia puede ser modelado teniendo el mínimo peso posible (incluso sin que pase el umbral U_1)[10].

Volvamos al ejemplo 3, en la figura 11 vemos dos maneras de diagramar dicho ejemplo. La primera manera es tomando la legítima defensa como premisa a favor de la inocencia (se supone que es una premisa más específica que señalar únicamente que el imputado asesinó, por lo cual el argumento de la legítima defensa tiene más peso que el del asesinato).

Modelo 1:

0: [{Ø},v_0,inocente]
F: [{asesinó},v_a,-inocente]
D: [{t_1},v_t, legítima_defensa]
D: [{legítima_defensa},v_l, inocente]
F: [{t_2},v_t, -legítima_defensa]

La segunda manera consiste en señalar expresamente que la legítima defensa es una excepción para concluir la culpabilidad, lo cual se logra mediante un argumento encadenado de premisas «asesinó» y «no se da la excepción de la legítima defensa». En tal caso, no es necesario agregar el argumento [{legítima_defensa},v_l, inocente][11].

---

[10] Conjeturamos que las funciones umbral 1 y umbral 2 pueden usarse para generalizar las reglas de evaluación, dependiendo de cada caso o estándar de prueba. Por ejemplo, en el caso por defecto, donde si entre dos argumentos que se refutan, A y B, gana el que tiene más peso, el umbral 1 tendrá el valor del argumento B, y el umbral 2 tendrá el valor del argumento A, de manera que si A tiene un valor mayor que el asignado al umbral 1, necesariamente B tiene un peso menor que del umbral 2.

[11] Nos permitiremos un abuso del lenguaje sobre los argumentos encadenados: aquellos argumentos cuya premisa sea la conjugación de proposiciones simples, mediante conjunción (y), también serán ilustrados como argumentos encadenados. Esto es un abuso del lenguaje porque es posible que una de esas proposiciones en conjunción no sea capaz de formar un argumento con la misma conclusión original. Por ejemplo, se puede formar un argumento: «dada la prueba 1 y dado que no tiene lugar la excepción de la legítima defensa, concluyo

Aunque en este caso simplificaremos el modelaje de la excepción, tomándola como una premisa más, creemos que es necesario modelarlas como un tipo de presunción que parte del conjunto vacío (con el mínimo peso posible).

Modelo 2:

0: [{Ø},v_0,inocente]
F: [{asesinó y -legítima_defensa},v_a,-inocente]
D: [{t_1},v_{t1}, legítima_defensa]
F: [{t_2},v_{t2}, -legítima_defensa]

En cualquier caso, $v_l > v_a > v_0$, $vmax(v_0,v_l) = v_l$. Notemos que los argumentos a favor y en contra de la legítima defensa (del defensor y el fiscal, respectivamente) usan la misma regla general (regla del testimonio) instanciada para sus testigos específicos, de manera que ambos argumentos tienen el mismo peso.

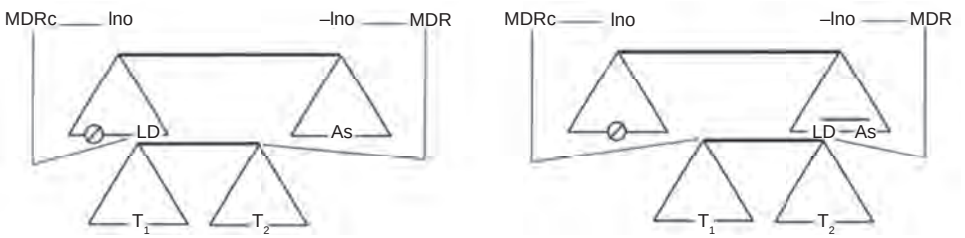


Fig. 11

En la figura 11 hemos determinado las proposiciones que forman parte de MDR y de MDRc. En ambos modelos del ejemplo 3, la culpabilidad debe probarse más allá de duda razonable (MDR), luego, la inocencia es parte de MDRc. En el diagrama de la izquierda (modelo 1), la existencia de legítima defensa, que es una premisa a favor de la inocencia, es cuestionada (al ser atacada), por lo tanto, también es agregada a MDRc; de manera que la proposición sobre la inexistencia de legítima defensa es, a su vez, agregada a MDR. En el segundo diagrama (modelo 2), la proposición cuestionada es la inexistencia de legítima defensa, la cual es premisa a favor de la culpabilidad (que ya es parte de MDR), por tanto, esa premisa también es agregada a MDR, y su negación a MDRc.

En la figura 12.1 vemos los pasos evaluativos del modelo 1 del ejemplo 3.

En un primer paso, se evalúan los argumentos a favor y en contra de la existencia de la legítima defensa. Dado que ambos argumentos se fundamentan en la regla del testimonio, ambos tienen un peso similar, por tanto: o *a)* el argumento del fiscal contra la legítima defensa no pasa el umbral 2; o, en caso contrario, *b)* el argumento de la defensa a favor de la legítima defensa pasa el umbral 1 (dado que $U_1 < U_2$, según las reglas N_{0dr}-1 y N_{1dr}-1, si $v_t > U_2$, entonces $v_t > U_1$). Por tal razón, el argumento del fiscal contra

---

que el imputado es culpable». En este ejemplo, la prueba 1 es capaz (en principio) de conducir a la conclusión, pero la proposición sobre que no tiene lugar la excepción de la legítima defensa no es capaz de formar un argumento a favor de la culpabilidad por sí sola. Sin embargo, lo catalogaremos como un argumento encadenado porque si fuera falsa alguna de las premisas, la conclusión no se mantendría.

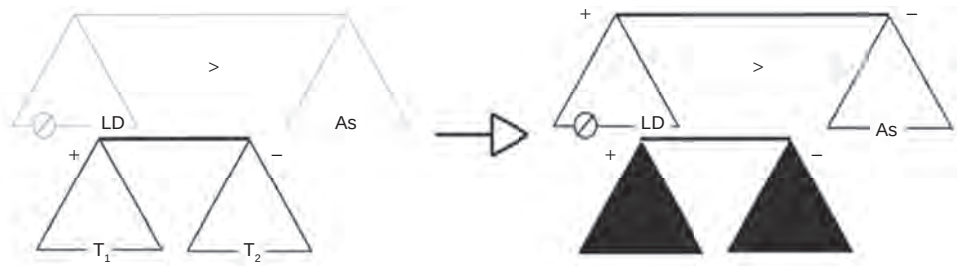


Fig. 12.1

la legítima defensa no cumple con el estándar MDR y debe declararse injustificado, según la regla N_{0dr}-1.

En el segundo paso, se enfrentan el argumento paralelo convergente a favor de la inocencia y el argumento del fiscal en contra de la inocencia. Dado que la legítima defensa implica un argumento más específico (excepcional) que el del asesinato ($v_l > v_a$), gana el argumento a favor de la inocencia (N_{1j}-2).

En la figura 12.2 vemos los pasos evaluativos del segundo modelo del ejemplo 3.

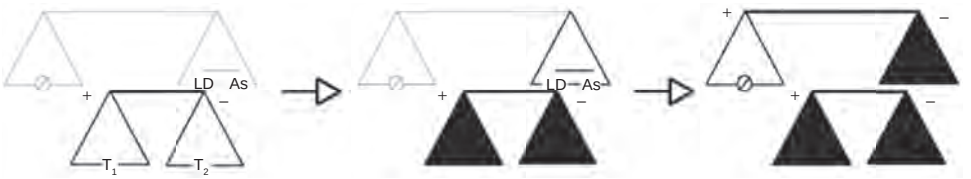


Fig. 12.2

En este caso, el primer paso es parecido al de la figura 12.1. En el segundo paso, por cuanto el argumento del fiscal es encadenado, el hecho de que una de las premisas (la no existencia de la legítima defensa) esté apoyada en un argumento injustificado, hace que caiga todo el argumento paralelo (N_{1E}-1). En el tercer paso, simplemente se evalúa como justificado el argumento de presunción de inocencia, dado que el argumento con el que está en relación de refutación ha quedado injustificado previamente (N_{1j}-4).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: CARGA DE LA PRUEBA Y COMPARACIÓN CON OTROS SISTEMAS

5.1. Carga de la prueba: carga de persuasión, carga de producción y estándares

Como hemos visto, los argumentos planteados por el fiscal sobre la culpabilidad del imputado deben tener un peso que pase cierto umbral de razonabilidad; por su parte, el defensor sólo necesita un argumento que cree una duda razonable a favor de la inocencia (lo cual hemos modelado como otro umbral, menor que el umbral del fiscal). Además, las excepciones dadas por la defensa sólo pueden ser desechadas si el

fiscal las ataca con argumentos que también cumplan los estándares que deben cumplir sus argumentos a favor de la culpabilidad (herencia del estándar de prueba). Estas características, modeladas solamente para la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, son generalizables mediante las definiciones de estándares de prueba, carga de producción y carga de persuasión[12] —*vid.*, entre otros, GORDÓN *et al.*, 2009, y PRAKKEN *et al.*, 2005, 2007, 2008, 2011—.

La carga de persuasión determina cuál parte tiene que probar una afirmación según cierto grado o estándar de prueba. Si la parte no prueba la afirmación determinada, según el umbral impuesto por el estándar de prueba específico, perderá con respecto a ese punto discutido. El que una parte haya cumplido, o no, con su carga de persuasión con respecto a una afirmación, es determinado sobre la base de toda la evidencia presentada por las partes y los argumentos sobre dicha afirmación —GORDÓN *et al.*, 2009: 249; PRAKKEN *et al.*, 2009: 241—.

Por ejemplo, en el caso penal, la carga de persuasión sobre la culpabilidad del imputado la tiene el fiscal. El evaluador (el juez o el analista) determinará si se cumplió con la carga de persuasión sobre la base de toda la evidencia y argumentos presentados al respecto, analizando si el fiscal probó con el estándar de prueba correcto (en el caso penal, más allá de toda duda razonable) la culpabilidad del imputado.

La carga de producción, por su parte, determina cuál parte tiene que ofrecer evidencia sobre una afirmación en un momento determinado de la discusión. Si la parte que tiene la carga de producción no logra cumplir con esa carga, entonces se decide en su contra (con respecto a la afirmación objeto de la carga de producción). Si las partes cumplen con sus respectivas cargas de producción, entonces el ganador se decide mediante el análisis de la carga de persuasión —GORDÓN *et al.*, 2009: 248; PRAKKEN *et al.*, 2009: 241—.

En el caso penal, ambas partes tienen la carga de producción sobre sus afirmaciones. El fiscal tiene la carga de producción sobre la culpabilidad del imputado, pero no sobre las excepciones en contra de la culpabilidad. Con respecto a las excepciones y posibles escenarios que generen duda sobre la culpabilidad, el defensor tendrá la carga de producción. Sin embargo, la carga de persuasión siempre la tiene el fiscal, incluso sobre las excepciones producidas por la defensa, en el sentido que hemos analizado antes: la refutación de las excepciones de la defensa también deben cumplir con (heredan) el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (MDR).

Las definiciones de carga de producción, carga de persuasión y estándar de prueba nos permiten modelar otros tipos de discusiones. Por ejemplo, en el derecho civil, normalmente, cada parte tiene la carga de producción y persuasión sobre sus afirmaciones. Asimismo, el estándar de prueba del derecho civil es más bajo que el del derecho penal. De tal manera, se puede definir el *Estándar* en la estructura argumentativa del juicio civil sin la necesidad de apelar al algoritmo recursivo para la herencia del estándar de prueba y empleando un solo umbral (o dos iguales) para los argumentos

[12] La distinción entre carga de producción y carga de persuasión (*burden of production* y *burden of persuasión*) es mucho más usual en el *Common Law*. En la doctrina del derecho alemán, no obstante, se distinguen dos facetas de la carga de la prueba, carga subjetiva y carga objetiva, que coinciden, hasta cierto punto, con las de producción y persuasión, respectivamente (PRAKKEN *et al.*, 2009: 3).

de ambas partes —otros estándares de prueba que pueden diseñarse en GORDÓN *et al*., 2009: 241—.

5.2. Comparación de otros sistemas: Carneades y ASPIC

En lo siguiente, compararemos SAPS con dos sistemas que han modelado la carga de la persuasión y producción: Carneades, de WALTON y GORDÓN, y ASPIC, de PRAKKEN y SARTOR. Nos enfocaremos en algunas características deseables.

Carneades:

En este sistema, ideado por WALTON y GORDÓN (entre otros, 2009 y 2010), especialmente para modelar los esquemas argumentativos analizados por WALTON, REED y MACAGNO (2008), los argumentos no sólo tienen premisas, sino también excepciones con respecto a ciertas proposiciones (los argumentos se modelan a favor y en contra de una misma proposición).

Un aspecto de Carneades en el que coincidimos en SAPS es que los argumentos tienen un peso o valor asignado. En el caso de Carneades, la audiencia determina ese peso (la audiencia es parte de la estructura argumentativa). Carneades incluye, además, distintos estándares de prueba con los que pueden etiquetarse las proposiciones, según la discusión que tenga lugar, y esquemas argumentativos pre-configurados. Como hemos visto, en SAPS también pueden modelarse estos estándares.

En Carneades, el modelaje de algunos casos penales es problemático debido a la forma en que debe aplicarse la carga de persuasión y el estándar de prueba MDR (PRAKKEN *et al.*, 2011: 83). El problema más importante en Carneades es que la herencia en la carga de persuasión sólo puede ser captada cambiando el estado de una proposición, como excepción o premisa, según la etapa en que se encuentre la discusión. En el ejemplo 3, Carneades modela el argumento a favor de la culpabilidad señalando expresamente que probar la legítima defensa es una excepción (de manera que es parte de la carga de producción del defensor):

Argumento fiscal A: [Premisa: asesinato; Excepción: legítima defensa; Conclusión: culpable]. Mientras no se pruebe la excepción, se mantiene el argumento A.

Cuando el defensor cumple con su carga de producción sobre la excepción, se forma el argumento defensor B: [Premisa: testigo 1; Excepción: no es confiable el testigo 1; Conclusión: legítima defensa].

El fiscal argumenta en C: [Premisa: testigo 2; Excepción: no es confiable el testigo 2; Conclusión: no hay legítima defensa].

Para modelar que la conclusión de C hereda el estándar de prueba (y la carga de persuasión) de la proposición sobre la culpabilidad, es necesario cambiar el argumento A para incluir como premisa (ya no como excepción) la proposición «no hay legítima defensa». De lo contrario, el argumento A cumple con el estándar de prueba, porque no se ha probado la excepción (legítima defensa) que cancela A. De manera que A debe replantearse así: [Premisa: asesinato y no hay legítima defensa; Excepción: Ø; Conclusión: culpable].

Como hemos visto, en la evaluación del ejemplo 3, en SAPS este problema no se presenta, gracias al algoritmo para la herencia del estándar de prueba. Además, el sistema es lo suficientemente flexible para modelar los argumentos de dos maneras distintas, una con argumentos paralelos convergentes y otra, semejante a la de Carneades, usando la negación de la excepción como premisa de un argumento encadenado[13].

ASPIC:

Es un formalismo en el que se definen estructuras argumentativas y relaciones de refutación, socavamiento y recusación. Todas estas definiciones son, posteriormente, evaluadas mediante modelos en Argumentación Abstracta (sobre ASPIC, *vid.* 2013). En PRAKKEN *et al.*, 2011: 90-92, hay diversas características deseables para los modelos de la carga de persuasión que también son modelables en SAPS:

1) Carga de persuasión por defecto y carga de persuasión inversa.

En el caso de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, la carga de persuasión es por defecto en el siguiente sentido: si una proposición debe probarse con un estándar de prueba (en nuestro caso, más allá de toda duda razonable), entonces las proposiciones que la apoyan, si son cuestionadas, también deben ser probadas con ese estándar de prueba (herencia del estándar de prueba).

Sin embargo, hay casos —PRAKKEN y SARTOR (2011: 87-88), citan un caso del derecho civil italiano— en los que no se hereda por defecto, porque la ley determina expresamente que una proposición específica (que niega la que en principio debía heredar el estándar de prueba por defecto) debe probarse con ese estándar. Por ejemplo: pudiera suceder (en alguna ley hipotética) que la ley determinase que el defensor tiene la carga de probar, más allá de toda duda razonable, la legítima defensa (pero no otras posibles excepciones), aunque el fiscal mantiene la carga de persuasión sobre la culpabilidad. En tales casos, si no se prueba la legítima defensa, más allá de toda duda razonable, estará justificado que no hubo legítima defensa. Estos casos los llaman PRAKKEN y SARTOR «carga de persuasión invertida» (PRAKKEN *et al.*, 2011: 87-88).

El algoritmo que hemos diseñado para computar las proposiciones en MDR sólo trabaja con la carga de persuasión por defecto. Sin embargo, puede modificarse fácilmente para permitir la carga de persuasión inversa. Lo único que hay que agregar es que una proposición, p, heredará el estándar de prueba (en las condiciones que hemos determinado en el algoritmo original), MDR, si la negación de esa proposición no está (expresamente) en MDR; si está en MDR, entonces p estará en MDRc. Esto abre el camino para una de las discusiones que dejaron abiertas PRAKKEN y SARTOR (2011: 91) sobre cómo una carga de persuasión inversa explícita afecta la carga y el estándar de otras proposiciones.

2) Herencia de la carga de persuasión. Otra característica deseable de ASPIC es la siguiente. Supongamos que el fiscal da un argumento, A, a favor de la culpabilidad,

[13] No obstante, en los modelos de las excepciones a la manera de Carneades, hay que tomar en cuenta ciertas condiciones que inclinan la balanza a modelar los argumentos como paralelos convergentes, tal como veremos en lo siguiente (*vid.*, más abajo, punto 2 sobre la herencia del estándar de prueba). Esto también es un punto negativo que no toma en cuenta Carneades (PRAKKEN *et al.,* 2011: 83).

y la defensa da un argumento, B, a favor de la legítima defensa. Si el fiscal da un argumento, C, que ataca una premisa o un sub-argumento del argumento B (ataca la premisa en la que se fundamenta la legítima defensa, o ataca un sub-argumento que apoya esa premisa, pero no directamente la existencia de legítima defensa), y ese argumento C cumple con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, el fiscal gana el juicio (PRAKKEN *et al.*, 2011: 87-88).

Este ejemplo es fácilmente modelable en SAPS bajo las siguientes condiciones:

1) Si modelamos las excepciones (como la legítima defensa) como premisas a favor de la inocencia, de manera que se combinen con el argumento de presunción de inocencia en un argumento paralelo convergente (caso de la figura 12.1); entonces el ejemplo es modelable, siempre y cuando el argumento A del fiscal también cumpla con el estándar MDR. Esto último no es tomado en cuenta por PRAKKEN y SARTOR, pero hasta donde podemos ver, nada obsta para que sea modelable en ASPIC.

2) Si modelamos la negación de la excepción (por ejemplo, «no tiene lugar la excepción de la legítima defensa») encadenándola con la premisa en contra de la inocencia (caso de la figura 12.2), entonces dos condiciones deben cumplirse para que el resultado del ejemplo sea correcto: *a)* la excepción debe modelarse como una presunción cuya premisa es el conjunto vacío (tal como señalamos al modelar el ejemplo de la figura 12.2); *b)* el argumento A del fiscal debe cumplir el estándar MDR.

Estas últimas condiciones inclinan la balanza a favor del modelaje de las excepciones de la manera en que lo hicimos en la figura 12.1, por ser menos complejo didáctica y computacionalmente (menos pasos de evaluación y menos argumentos que evaluar). Sin embargo, el tratamiento general de las excepciones debe ser un tema que analicemos con mayor profundidad en próximos trabajos.

BIBLIOGRAFÍA

BARONI, P., y GIACOMINI, M., 2009: «Semantics of Abstract Argumentation Systems», *Argumentation in Artificial Intelligence*: 25-44.

DUNG, P., 1995: «On the acceptability of arguments and its fundamental role in nonmonotonic reasoning, logic programming, and n-person games», *Artificial Intelligence*, 77: 321-357. *http://cs.ait.ac.th/~dung/Site/Publications.html.*

EEMEREN, F. H.; GARSSEN, B.; KRABBE, W.; SNOECK HENKEMANS, A. F.; VERHEIJ, B., y WAGEMANS. J. H. M., 2014: *Handbook of Argumentation Theory*, Springer Science + Business Media Dordrecht.

FERNÁNDEZ, M., 2004: *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, *http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/11013*.

GORDÓN, T., y WALTON, D., 2006: «The Carneades Argumentation Framework: Using Presumptions and Exceptions to Model Critical Questions», en P. E. DUNNE y T. J. M. BENCH-CAPON (eds.), *Computational Models of Argument: Proceedings of COMMA 2006*, 95-207.

— 2009: «Proof Burden and Standards», *Argumentation in Artificial Intelligence*: 239-258.

GORDÓN, T.; PRAKKEN, H., y WALTON, D., 2007: «The Carneades model of argument and burden of proof», *Artificial Intelligence*, 171: 875-896.

MALAVÉ, L. A., 2012: «Sistema evaluativo de argumentación a partir de las reglas propuestas por Eduardo Piacenza», *Logoi*, 21: 57-84.

— 2014: «Formalización y análisis de las relaciones interargumentales coadyuvantes paralelas», *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 9: 1-21. *revistas.uned.es/index.php/RIA.*

MODGIL, S., y PRAKKEN, H., 2013: «The ASPIC+ framework for structured argumentation: a tutorial», *Argument & Computation*: 1-30. *www.staff.science.uu.nl/~prakk101/publications.html.*

PIACENZA, E., 2005: «Las relaciones interargumentales en la evaluación de las argumentaciones judiciales», ponencia no publicada, VI Congreso Nacional de Filosofía, Universidad Católica Andrés Bello-Núcleo Guayana (Venezuela). *www.eduardopiacenza.com/EduardoPiacenza-Ensayos.html.*

POLLOCK, J., 1994: «Justification and defeat», *Artificial Intelligence*, 67: 377-407, *archive.today/oscarhome.soc-sci.arizona.edu.*

PRAKKEN, H., 2005: «A study of accrual of arguments, with applications to evidential reasoning», *Proceedings of the Tenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*: 85-94. *www.staff.science.uu.nl/~prakk101/publications.html.*

— 2010: «An abstract framework for argumentation with structured arguments», *Argument and Computation* 1: 93-124. *www.staff.science.uu.nl/~prakk101/publications.html.*

PRAKKEN, H.; REED, C., y WALTON, D., 2005: «Dialogues about the burden of proof», *Proceedings of the Tenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 115-124.

PRAKKEN H., y SARTOR, G., 2007: «Formalizing arguments about the burden of persuasion», *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 97-106. *http://www.staff.science.uu.nl/~prakk101/publications.html*.

— 2008: «More on presumptions and burdens of proof», en E. FRANCESCONI, G. SARTOR y D. TISCORNIA (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2008: The Twenty-First Annual Conference*: 176-185. *http://www.staff.science.uu.nl/~prakk101/publications.html.*

— 2009: «A logical analysis of burdens of proof», en H. KAPTEIN, H. PRAKKEN y B. VERHEIJ (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic,* Farnham: Ashgate Publishing, Applied Legal Philosophy Series: 223-253. *http://www.staff.science.uu.nl/~prakk101/.*

— 2011: «On modelling burdens and standards of proof in structured argumentation», en K. ATKINSON (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2011: The Twenty-Fourth Annual Conference*: 83-92. *http://www.staff.science.uu.nl/~prakk101/publications.html.*

PRAKKEN, H. VREESWIJK, 2002: «Logics for defeasible argumentation», en D. GABBAY y F. GUENTHNER (eds.), *Handbook of philosophical logic,* 2.ª ed., vol. 4: 219-318.

VREESWIJK G. A. W., 1997: «Abstract Argumentation Systems», *Artificial Intelligence,* 90: 225-279.

WALTON, D.; REED, C., y MACAGNO, F., 2008: *Argumentation Schemes*, Cambridge University Press.

PROBLEMAS DE ÉTICA NORMATIVA

RICOS Y POBRES: SOBRE EL FUNDAMENTO Y ALCANCE DEL DEBER DE AYUDA AL PRÓJIMO*

Macario Alemany
Universidad de Alicante

RESUMEN. Este artículo trata sobre el fundamento y alcance de la obligación de ayuda al prójimo, a aquellas personas con las que no se tiene un vínculo especial. Se analizan las respuestas dadas a esta cuestión por Ronald Dworkin, Peter Singer y Ernesto Garzón Valdés. A partir de ahí, se argumenta a favor del punto de vista de Dworkin, de acuerdo con el cual para decidir qué hacer —o no hacer— por otras personas debemos preguntarnos qué comportamiento no sería respetuoso con el reconocimiento de la igual importancia de sus vidas.

Palabras clave: Ronald Dworkin, Peter Singer, Ernesto Garzón Valdés, pobreza, riqueza, hambre, obligación de ayuda, dignidad.

Rich and Poor People: the Rationale and Scope of the Obligation of Aid to the Strangers

ABSTRACT. This article deal with the rationale and scope of the obligation of aid to the strangers, people with whom we have no particular connection. It analyzes the answers to this question of Ronald Dworkin, Peter Singer and Ernesto Garzón Valdés. It argues in favour of Ronald Dworkin's view, according which we have to decide what we must do for —and not do to— other people by asking what bevavios would fail to respect the equal importance of their lives.

Keywords: Ronald Dworkin, Peter Singer, Ernesto Garzón Valdés, poverty, affluence, famine, obligation of aid, dignity.

* Fecha de recepción: 22 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.
Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del derecho», DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo trata sobre el problema moral del fundamento y alcance del deber de ayuda al prójimo y, en particular, sobre el escándalo de la desigualdad creciente entre ricos y pobres, de la coexistencia de niveles de riqueza y bienestar desconocidos hasta ahora en la historia con la persistente calamidad de la «pobreza absoluta»[1]. La «pobreza absoluta», de acuerdo con la propuesta de Robert McNamara cuando era presidente del Banco Mundial, se define como «unas condiciones de vida que se caracterizan de tal forma por una desnutrición, analfabetismo, enfermedades, entorno miserable, alta mortalidad infantil y una baja esperanza de vida, que se encuentran por debajo de cualquier definición razonable de decencia humana» (Singer, 1995: 272) y la «riqueza absoluta» se define como «la situación en la que se disponen de más ingresos de los que se necesitan para satisfacer de forma adecuada todas las necesidades básicas de la vida, teniendo en cuenta cualquier definición razonable de las necesidades humanas» (Singer, 1995: 275). Si tomamos el hambre como el mejor indicador de la pobreza absoluta, de acuerdo con FAO, en 2015, 794,6 millones de personas están subalimentadas, esto es, casi un 11 por 100 de la población mundial vive en la pobreza absoluta. Por contraposición, unos 1.000 millones de personas en el mundo disfrutan de un elevado nivel de riqueza y bienestar, son «ricos absolutos» (Singer, 2012: 26). Dentro de este grupo se encuentran los supermillonarios; según Oxfam, en el mundo hay 1.645 milmillonarios, esto es, personas con fortunas superiores a los 1.000 millones de dólares, entre los cuales los 85 más ricos del planeta acumulan la misma riqueza que la mitad más pobre de la humanidad[2].

Tomas Nagel ha destacado la tensión entre los puntos de vista personal e impersonal, la cual origina un «conflicto mental» al individuo que delibera sobre qué es lo correcto moralmente (Nagel, 2006: 21 y ss.). Sostiene Nagel que «la intuición básica que aparece a partir de la perspectiva impersonal es que la vida de los otros tiene importancia, y nadie es más importante que ningún otro» (Nagel, 2006: 22). Desde el punto de vista personal, sin embargo, nuestras aspiraciones y valores nos parecen prioritarias, del mismo modo que algunas personas son más importantes que otras y, en consecuencia, estamos más dispuestos a comprometernos moralmente con ellas en especial que con todas en general. Dicho de otro modo, mientras que desde el punto de vista universal o impersonal todos los seres humanos aparecen como el *prójimo* al que estamos unidos por lazos de solidaridad, desde el punto de vista personal tan sólo algunos seres humanos aparecen como *próximos*. El «prójimo» sería entonces un concepto relativo que alude a toda persona con la que no se mantiene ningún vínculo especial que lo convierte en próximo, como serían los vínculos políticos, familiares, laborales, de vecindad, iglesia, etc. (Garzón Valdés, 1986: 17). En este sentido, muchas de las personas que viven en la pobreza absoluta son el prójimo para las personas que viviendo en la opulencia podrían ayudarles.

---

[1] Utilizo el término «calamidad» en el sentido que le atribuye E. Garzón Valdés: «Aquella desgracia, desastre o miseria que resultan de acciones humanas intencionales, es decir, quedan excluidos los casos que pueden caer bajo la denominación general de la "mala suerte" individual o colectiva o que son consecuencia de actos voluntarios no intencionales». Este concepto se contrapone al de «catástrofe», que resulta inevitable. *Vid.* Garzón Valdés, 2012: 16.

[2] *Vid.* el informe de Oxfam: «Iguales». Disponible en *http://www.oxfamintermon.org/es/que-hacemos/proyectos/desigualdad/iguales* (3 de septiembre de 2015).

Al considerar el hecho y la envergadura del sufrimiento humano causados por la carestía de los bienes más básicos (como el alimento, el agua, los tratamientos médicos más sencillos, una mínima higiene, etc.), se suele partir de las siguientes intuiciones:

1) La pobreza absoluta es un estado de cosas intolerable, deónticamente imposible en cualquier sistema moral racional, de modo que ningún argumento moral puede hacer «permisible» dicho estado de cosas[3].

2) Todos y cada uno de nosotros deberíamos hacer algo, o algo más de lo que hacemos, para acabar con (o prevenir) tal estado de cosas moralmente intolerable[4].

3) La inacción o el conformarnos con prestar una ayuda mínima (casi irrelevante con respecto a nuestra riqueza), no nos hace seriamente responsables de la calamidad de la pobreza, de manera que, a pesar de cierta mala conciencia, podemos seguir considerándonos personas honestas en general.

4) En ciertas circunstancias, tenemos un deber de ayuda al prójimo y, en caso de incumplirlo, somos seriamente responsables del mal que padece.

El paso de este nivel intuitivo incoherente a un nivel crítico o reflexivo coherente no es fácil. La mayoría de autores sostienen el carácter racional de las dos primeras intuiciones —que la pobreza absoluta constituye un mal que debe ser evitado y que estamos obligados en alguna medida a contribuir a su eliminación—, a partir de ampliar la cuarta intuición —nuestra obligación de ayuda en casos especiales—. Se concluye así que la tercera intuición —no somos seriamente responsables de la pobreza— es una simple racionalización de nuestra debilidad de voluntad. El problema es, entonces, determinar la medida de cumplimiento de nuestros deberes generales de ayuda al prójimo. Como veremos, las principales propuestas al respecto son criticadas por ser poco exigentes o por ser demasiado exigentes.

En este artículo quisiera reexaminar la cuestión a la luz de la aportación, relativamente reciente y nueva, que Ronald DWORKIN nos ofrece en su última obra publicada en vida: *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011)[5]. Para ello, expondré en primer lugar la posición de DWORKIN y, a continuación, las de Peter SINGER y Ernesto GARZÓN VALDÉS. Se trata de dos autores provenientes de tradiciones éticas diferentes: la utilitarista en el caso de SINGER y la deontologista kantiana en el de GARZÓN VALDÉS. Trataré de valorar las mismas por sus propios méritos y en relación con los argumentos de DWORKIN. Finalmente, propondré algunas conclusiones a la luz de las consideraciones efectuadas.

2. EL PLANTEAMIENTO DE RONALD DWORKIN EN *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*

2.1. De la ética a la moral

Justice for Hedgehogs es un largo y denso tratado en el que DWORKIN desarrolla su concepción de la unidad del valor. Hay una continuidad entre su filosofía jurídica

[3] Sobre el concepto de «intolerancia»: *vid.* GARZÓN VALDÉS, 1993.

[4] Presupongo que el lector de este artículo es con toda probabilidad un «rico absoluto» en el sentido antes mencionado.

[5] Hay traducción al español en el Fondo de Cultura Económica, México, 2014. No será, sin embargo, su última obra original, puesto que se publicará póstumamente *Religion Without God*.

y su filosofía moral. El método sustancialmente es el mismo: la integración, cuanto más amplia posible mejor, de nuestras creencias, valores, principios, etc., en un todo coherente. Desde esta perspectiva, DWORKIN propone una redefinición de los términos «ética» y «moral» de la siguiente manera: los estándares morales prescriben cómo debemos tratar a los otros y los estándares éticos cómo debemos vivir nuestras propias vidas (DWORKIN, 2011: 191). El proyecto interpretativo consiste en configurar una concepción de lo que es *vivir bien* que pueda guiarnos en la interpretación de los conceptos morales. En gran medida, nuestro autor retoma la concepción clásica, de PLATÓN y ARISTÓTELES, de acuerdo con la cual el sentido de la vida humana es buscar la felicidad, pero ésta sólo la alcanza quien construye un carácter virtuoso, quien sigue un estilo de vida moral. La idea no puede ser más promisoria: la moral no conspira contra nuestra felicidad, sino que es un elemento constitutivo de la misma. Sin embargo, inmediatamente surge un primer escollo: ¿Acaso la moral no debe ser entendida como categórica, esto es, como independiente de nuestros deseos y aspiraciones? ¿Acaso la moral no constituye un límite para nuestras aspiraciones? ¿Acaso hacer lo correcto no implica, en ocasiones, serios sacrificios? ¿Supone esta estrategia de buscar una coherencia entre la ética y la moral que sólo deberíamos asumir aquellas responsabilidades morales que más nos convienen?

Ante estas preguntas, hay diversas respuestas que tratan de restaurar la unidad entre la ética y la moral. Con frecuencia, se propone como solución distinguir entre el contenido de los principios morales y su justificación. Los principios morales serían, efectivamente, categóricos en su contenido, de manera que si mi obligación es no mentir, dicha obligación valdrá aunque en una ocasión particular fuera de mi conveniencia mentir. De otro lado, la justificación de dichos principios morales sí que apelaría a los intereses a largo plazo de sus destinatarios, de manera que el fundamento de la obligación categórica de no mentir residiría en que la humanidad sale ganando a largo plazo asumiendo la validez de tal obligación. Esta primera respuesta es insatisfactoria: es muy firme la convicción de que tanto la definición como la justificación de los principios morales debe ser independiente de nuestros intereses, incluso considerados a largo plazo. A esta convicción la denomina DWORKIN el *punto de vista austero* (DWORKIN, 2011: 192). Se diría entonces que estamos abocados a afirmar simplemente que la moral se justifica por sí misma y dejar de argumentar. Nuestro autor pretende, no obstante, ir más allá: pretende que construyamos un orden coherente que refleje nuestra concepción de los deberes, responsabilidades y virtudes morales y, además, que integremos ese orden en una red más amplia de valores. Ésta es, a su juicio, la única vía para cumplir con un principio de la ética, que llama *principio de autenticidad*, de acuerdo con el cual estamos obligados a preguntarnos qué tipo de integridad moral encaja mejor con la forma en que queremos concebir nuestra personalidad y nuestra vida. Sobre este principio volveremos enseguida, por ahora ya podemos presentar el proyecto de DWORKIN: se trata de reafirmar el carácter categórico de la moral por medio de conectar interpretativamente la moral con la ética entendida como un ideal: nuestras ideas acerca de lo que la moralidad requiere y acerca de cuáles son las mejores ambiciones humanas deben reforzarse mutuamente. Veamos cómo se consigue esto.

Nuestro autor propone distinguir entre «vivir bien» y disfrutar de una «buena vida» (DWORKIN, 2011: 195). «Vivir bien» es luchar por tener una «buena vida», pero sólo respetando ciertos límites esenciales para la dignidad humana. «Vivir bien» es

nuestra responsabilidad básica, algo que siempre está a nuestro alcance y en cualquier circunstancia. La responsabilidad básica de «vivir bien» se fundamenta en el simple hecho de ser criaturas «auto-conscientes» con vidas que conducir; se fundamenta en el hecho de nuestra mera existencia y en nuestra conciencia de existir. El valor de «vivir bien» reside en la lucha misma, no en el resultado que se alcanza. Se trata, en palabras de nuestro autor, de un valor adverbial. Es necesario, pues, distinguir entre el valor producto de una actuación y el valor de la actuación misma. Un cuadro puede tener un valor producto, y éste puede ser objetivo o subjetivo, pero la actividad de pintarlo puede tener un valor en sí misma, con independencia del destino de la obra.

La moral es esencial para vivir bien, pero en el proyecto coherentista de DWORKIN no se trata de que la moralidad defina por sí misma lo que es vivir bien. Más bien al contrario, nuestras responsabilidades éticas deben contribuir a definir nuestras responsabilidades morales. ¿Cuáles son, entonces, los principios éticos? A juicio de nuestro autor, se trataría del *principio de auto-respeto* y del ya mencionado *principio de autenticidad*, los cuales constituyen conjuntamente una concepción de la dignidad humana, que se presenta primero como una concepción ética, acerca de cómo debemos vivir nuestras vidas y, a continuación, nos permite identificar el contenido de la moral, el cómo debemos tratar a los demás: los actos inmorales serán aquellos que insultan la dignidad de los otros (DWORKIN, 2011: 203).

El *principio de auto-respeto* obliga a tomarnos en serio nuestra propia vida. «Vivir bien» es un asunto importante para cada persona. Debemos reconocer que siempre es un error el despreocuparnos sobre cómo vivir. Resulta difícil negar la validez de este principio: incluso una persona que afirmara que tan sólo desea experimentar placer en su vida, debería admitir que el placer es importante para ella, debería admitir que, a salvo de que reconozca una patología, ésa es su idea sobre cómo vivir. El hedonismo más burdo no es una impugnación del principio de auto-respeto, es una respuesta particularmente pobre a la cuestión de cómo vivir bien.

El segundo principio es el de *autenticidad*. De acuerdo con el mismo, cada persona tiene una especial responsabilidad para identificar lo que cuenta como un éxito en su propia vida. Ambos principios están conectados: precisamente porque tomamos en serio nuestra vida, juzgamos que «vivir bien» significa expresarnos a nosotros mismos, buscar una forma de vida que consideremos correcta para nosotros y nuestras circunstancias. La autenticidad determina la formación de un carácter o estilo de vida propio, que no es simplemente el reflejo de una convención social o de las expectativas de otros. La autenticidad es exigente: por un lado, nos constriñe a no traicionarnos y, por otro lado, nos obliga a asumir la responsabilidad por nuestras decisiones libres. La autenticidad no supone que debamos mantenernos libres de toda influencia y tampoco que la única fuente de valor sea nuestra convicción (o que no haya valores objetivos), supone que no debemos abandonar la responsabilidad de decidir sobre cómo debe ser nuestra vida.

A partir de estos dos principios de la ética, podemos avanzar rápidamente hacia los principios de la moral recordando el imperativo categórico kantiano, de acuerdo con el cual el auto-respeto que demanda el principio de dignidad implica un recíproco respeto por las vidas de los otros seres humanos. La propuesta kantiana es convincente pero, nos advierte DWORKIN, debemos reflexionar sobre su alcance y límites.

En primer lugar, debemos enfrentarnos a la siguiente alternativa: ¿Valoramos nuestra vida como objetivamente importante en virtud de algo especial de nuestra vida, de manera que sería perfectamente consistente para nosotros no tratar a otros seres humanos como si tuvieran el mismo tipo de importancia? ¿O valoramos nuestra vida de esa manera porque pensamos que toda vida humana es objetivamente importante? (DWORKIN, 2011: 255).

Quienes responden afirmativamente a la primera pregunta asumen un punto de vista «especial» o «particular», de acuerdo con el cual si la vida de otro tiene importancia será porque comparte la propiedad, no universal, que hace importante mi propia vida; un punto de vista que ha sido sostenido ampliamente a lo largo de la historia y sigue estando (demasiado) extendido hoy en día. Un claro ejemplo de esta posición sería el del nazi coherente que admite que sería lícito que lo mataran si se le encontraran restos de sangre judía. Para él, el valor de la vida humana depende de la propiedad no universal (no compartida por todos los seres humanos) de pertenecer a la raza aria. A partir de ahí está dispuesto a reconocer el igual valor de las vidas de todos los arios y el inferior (o nulo) valor de las vidas de todos los no arios (incluso si se diera el caso que él no fuera ario). A juicio de nuestro autor —recordemos que su método es el de la integración—, sería muy difícil sostener seriamente una opinión como ésta e integrarla en un conjunto más amplio de opiniones: los argumentos raciales esgrimidos contra los judíos generan un verdadero caos de incoherencia al ponerse en relación con la mayoría de las ideas comúnmente aceptadas sobre la responsabilidad. Hay que advertir, además, que el principio de dignidad exige respeto por la importancia de nuestra propia vida, pero no exige una admiración o estimación superlativa. El nazi coherente debería sostener la poco plausible veracidad del siguiente enunciado contrafáctico: si se descubriera que soy judío, entonces no tendría ninguna importancia lo que hubiera hecho con mi vida. Parece muy difícil admitir honestamente esta posición *especial*.

Por el contrario, quienes piensan que toda vida humana es objetivamente importante asumen el punto de vista *universal*. Este punto de vista ha sido defendido por algunas grandes religiones, por humanistas que consideran a toda vida humana como un prodigio cósmico irrepetible, por las más influyentes concepciones éticas y es, además, acorde con muchas reacciones cotidianas por las cuales nos compadecemos del sufrimiento de los otros seres humanos y lamentamos profundamente su muerte; simplemente porque es una muerte. Todo apunta a que debemos por coherencia admitir la validez de la posición universal.

2.2. ¿Cuáles son las obligaciones de los «ricos» frente a la «pobreza absoluta»?

Hemos visto cómo la dignidad es tratada como un principio ético, que marca un ideal sobre cómo debemos vivir nuestras propias vidas, y como un principio moral, que prescribe el respeto por la igual importancia de las vidas de los otros. Cuando tenemos la oportunidad de ayudar al prójimo debemos considerar conjuntamente los dos aspectos: una perspectiva que «integre nuestras esperanzas para nuestras propias vidas con nuestro sentido de la responsabilidad frente a los otros» (DWORKIN, 2011: 272). DWORKIN insiste: «Debemos mostrar un absoluto respeto por la importancia ob-

jetiva de la vida de cada persona, pero también un absoluto respeto por nuestra propia responsabilidad de hacer algo valioso con nuestra propia vida» (*ibid.*).

El imperativo de mostrar un «absoluto respeto por la importancia objetiva de la vida de cada persona» se presta a una interpretación ultra-exigente, pero no hay que olvidar que debemos atribuirle significado no *independientemente* sino *a partir de* el principio de auto-respeto. Para ello, y siguiendo a KANT, DWORKIN nos propone que tomemos como guía una actitud de respeto hacia los otros y, a partir de ahí, consideremos qué acciones u omisiones son inconsistentes con tal actitud. «Entonces —dice nuestro autor— puedo reconocer la importancia objetiva de las vidas de extraños sin suponer que debo subordinar mi vida e intereses a algún interés colectivo o agregado de todos ellos, o incluso de cualquiera de ellos cuyas necesidades sean más grandes que las mías» (DWORKIN, 2011: 274). En conclusión, la obligación de ayuda surgiría cuando la ignorancia de las necesidades ajenas es inconsistente con el reconocimiento del valor objetivo de sus vidas.

2.3. El conflicto entre nuestros intereses y los del prójimo

De acuerdo con lo dicho, podemos dar cierta prioridad a nuestros intereses siempre que ello no suponga desconocer el valor objetivo e igual de la vida de los demás, esto es, siempre que nuestra actitud sea compatible con afirmar honestamente tal valor. Para avanzar en la interpretación de este principio, DWORKIN propone el manejo de un test estructurado en torno a los siguientes tres factores: 1) el daño que puede sufrir la persona que necesita ayuda; 2) el coste que supondría para el rescatador ayudar, y 3) el grado de confrontación entre la persona en peligro y el potencial rescatador.

De acuerdo con el primer factor, es importante determinar el nivel y tipo de peligro o necesidad al que se enfrenta el prójimo. El simple hecho de que la situación global de una persona sea peor a la nuestra no hace surgir un deber de ayuda. Igualmente, hay que descartar una medida subjetiva del daño, es decir, no debemos juzgar la gravedad de la situación a partir del juicio de la persona necesitada o en peligro. Conviene advertir que los principios de auto-respeto y autenticidad conllevan responsabilidad por nuestra decisiones. Si una persona considera que un costoso proyecto es vital para ella y que perderlo sería un daño terrible, no puede esperar que los otros estén moralmente obligados a contribuir a su proyecto por esta sola razón. En conclusión, «debemos medir —dice DWORKIN— el peligro o la necesidad de la víctima preguntándonos, no cuan malo cree que es, dados sus planes y ambiciones, sino hasta qué punto le priva de las oportunidades ordinarias que la gente tiene para perseguir cualquier ambición que elijan» (DWORKIN, 2011: 276).

De acuerdo con el segundo factor, sea cual sea la gravedad y el tipo de peligro en que se haya inmerso el prójimo, mi responsabilidad de evitarlo será mayor conforme puedo hacerlo con un menor riesgo o interferencia para mi vida. Cuando puedo salvar a alguien de un grave riesgo a costa de un «riesgo o inconveniente relativamente pequeños para mí mismo» (*ibid.*), resulta más difícil no hacerlo y sostener al mismo tiempo que tal omisión es consistente con una honesta actitud de objetivo respeto por la vida humana. Por el contrario, cuando el riesgo o el inconveniente es mayor es más

plausible la negativa a ayudar apelando a la responsabilidad con mi propia vida. Ahora bien, se ha sostenido anteriormente que para valorar el daño que una persona puede sufrir en caso de no ser ayudada, no nos vale un estándar subjetivo determinado por la propia víctima. Pues bien, el problema es si para valorar la intensidad del sacrificio, por el contrario, debemos considerar un estándar subjetivo del rescatador: ¿debemos dar el dinero que habíamos reservado para un nuevo complemento de nuestra sofisticada cámara fotográfica a los hambrientos de África?, ¿podemos dedicar todo nuestro tiempo y dinero a un costoso proyecto personal, por ejemplo, a un museo de arte local?

Según nuestro autor, ciertamente aquí hay una asimetría: puesto que, efectivamente, el coste de ayudar debe ser medido subjetivamente de acuerdo con lo que tal sacrificio significa para quien ayuda, dadas sus ambiciones y plan de vida. Algunos planes de vida requieren de una mayor dedicación y pueden desembocar en una desatención habitual hacia las necesidades de los otros: pensemos, por ejemplo, en los brillantes compositores, escritores o pintores que nos causan admiración, y que se han entregado totalmente a su arte, descuidando las necesidades materiales de los otros no menos que las suyas propias. No obstante, en la mayoría de los casos, para el conjunto de personas que pueden ayudar, hay mucho margen para un compromiso en la lucha contra la pobreza que no suponga un descuido de sus legítimas ambiciones personales. Si basta con dar algo de dinero a una organización de cooperación para ayudar eficazmente a los otros, será más bien extraordinario el caso de alguien que creyera honestamente que hasta el último céntimo de su dinero está comprometido por su plan de vida y que, por tanto, renunciar a ese céntimo supondría no cumplir con el principio de autorespeto. Dicho de otro modo, podemos suponer razonablemente que la casi totalidad de los ciudadanos de las sociedades ricas están seriamente obligados a contribuir económicamente, aunque sea en una pequeña medida, a la lucha contra la pobreza, pues no aportar nada supone con toda seguridad un ostensible desprecio por el igual valor objetivo de la vida humana, un desprecio por la dignidad de los otros.

Es plausible pensar que a un gran número de las personas que no ayudan, estando obligadas moralmente a hacerlo, les falta reflexión moral o son descuidadas con sus obligaciones. Pero es cierto también que hay otra parte de personas que no ayudan porque sus proyectos vitales exigen que se ignore *por completo* el sufrimiento de los otros[6]. A este respecto, no olvidemos que la primera dimensión del principio de autorespeto es la obligación de vivir bien, de luchar por tener una «buena vida» *pero dentro de ciertos límites*. Los planes de vida que exigen que se ignore por completo el sufrimiento de los otros merecen ser condenados por violar esos límites éticos. En resumen, aunque el principio ético del auto-respeto fundamenta el que nuestros intereses pesen más que los intereses de los otros en cuanto a las obligaciones de ayuda, la asimetría a nuestro favor está limitada por el propio principio moral de dignidad.

---

[6] DWORKIN es notablemente oscuro en este punto. Se trataría, nos dice, de personas irremediablemente egoístas o fanáticas. Mientras que en el caso de los artistas y científicos, totalmente volcados a su actividad, sus planes de vida reflejan de algún modo un aprecio por el valor objetivo de la vida de los otros, por contraposición los planes de vida de esos egoístas o fanáticos tendrían un valor totalmente autoreferencial: por ejemplo, quien dedica todos sus recursos y esfuerzos en construir un templo a su dios particular. *Vid.* DWORKIN, 2011: 275-276.

El tercer factor del test que ha de servirnos de guía para ubicar el límite de nuestros deberes de ayuda es la escala de confrontación. De acuerdo con nuestro autor, esta escala tiene dos dimensiones: La primera es la dimensión de *particularización*: cuanto más claro es quién será dañado sin mi intervención, más fuerte es el argumento de que tengo un deber de ayuda. La segunda dimensión es la de *proximidad*: cuanto más directamente me encuentro confrontado con cierto peligro o necesidad, más fuerte es el argumento de que tengo un deber de ayuda. La relevancia moral de esta escala es normalmente rechazada desde puntos de vista impersonales sobre el deber de ayuda, tales como el de Peter SINGER que veremos más adelante. Para DWORKIN, al contrario, esta escala expresa bien la idea de que los comportamientos que consideramos inaceptables son aquellos que muestran desprecio por el valor de las vidas de los otros; juzgamos duramente a quienes en situaciones con un alto grado de particularidad y proximidad no ayudan, porque juzgamos que su conducta es incompatible con el principio moral de dignidad. Ello explicaría la práctica habitual de dedicar recursos extraordinarios para rescatar a personas que han sufrido un accidente, aun cuando esos recursos pudieran ser utilizados de una manera más eficiente: por ejemplo, tratar de salvar a los mineros que han quedado atrapados, porque dejarlos morir sin más se considera indigno. No obstante, y éste es un aspecto decisivo sobre el problema que nos ocupa, la importancia de la escala de confrontación debe ponderarse en relación con los otros dos factores tratados: la medida del daño para la víctima y el coste para el rescatador. Cito a DWORKIN:

> El hambre y la enfermedad de un enorme número de personas en África y otros sitios alcanza un nivel muy alto en la escala de las necesidades: incluso una cantidad moderada de ayuda juiciosamente utilizada podría salvar muchas de sus vidas. Su súplica se sitúa también muy bajo en la escala de los costes: grandes sumas pueden dedicarse a ayuda si cada persona de los países ricos dan una cantidad tan pequeña como para que no suponga ninguna diferencia por lo que respecta al éxito en sus vidas. Aquellos que sufren están muy lejos, no tenemos ni idea de quienes son, y menos aun de quienes de ellos morirán, o por qué, si nosotros no contribuimos a fondos generales de ayuda. Si el argumento para un deber de ayuda puntúa suficientemente alto y bajo en las dos primeras escalas, de necesidad y coste, ese deber no puede ser rechazado por sólo una baja puntuación en la tercera escala, la de confrontación (DWORKIN, 2011: 279).

Por último, es importante aclarar que la escala de confrontación no obliga a que ayudemos más a los que están más cerca. Esto es lo que parece presuponer la opinión común de acuerdo con la cual es mejor ayudar a los compatriotas que a los extranjeros. Al menos no hay una razón para actuar así derivada únicamente del respeto por la humanidad (puede haber razones de otro tipo). Más bien al contrario, reconocer la importancia de la escala de confrontación puede orientar el trabajo de quienes promueven la cooperación al desarrollo de sociedades lejanas, puesto que «cuanto más grande sea la publicidad dada al sufrimiento en la distancia, más grande será el deber de responder y la vergüenza de no hacerlo» (DWORKIN, 2011: 280).

2.4. ¿A quién salvar cuando son muchos los necesitados?

Cuando son muchos los necesitados y no podemos ayudarlos a todos, cabe plantearse la cuestión de a quién debemos ayudar primero. DWORKIN nos propone que consideremos el siguiente caso:

> Una persona se aferra a un salvavidas en medio de una tormenta que ha destruido su barco; los tiburones la rodean. Otros dos pasajeros se aferran a otro salvavidas unos cien metros más lejos; los tiburones también les rodean. Tú tienes una lancha. Puedes llegar a tiempo a uno de los salvavidas, pero no al otro. Asumiendo que los tres son extraños, ¿tienes un deber de salvar a los dos náufragos y dejar morir al náufrago solitario? (DWORKIN, 2011: 280).

Una plausible respuesta es que siempre debemos intentar ayudar al mayor número y, por tanto, que en un caso así, deberíamos ir hacia el salvavidas al que se aferran dos personas. De acuerdo con esta respuesta, en relación con el problema de la pobreza absoluta, dado que hay zonas enteras del planeta asoladas por el hambre, deberíamos apoyar a aquellas organizaciones que con menos recursos salvan más vidas (el «altruismo eficiente», de acuerdo con SINGER). Sin embargo, desde otro punto de vista, que pone el énfasis en la idea de los derechos, parece que el mismo derecho a ser salvado tendría el náufrago solitario que los otros dos. Volviendo al problema de la pobreza, el mismo derecho a ser salvado tendría quien supone un rescate costoso, que quien podría ser salvado con menos recursos.

A juicio de nuestro autor, este problema se vuelve inmanejable al centrarse demasiado en la cuestión del número, sobre el presupuesto de la posibilidad de maximizar una suerte de utilidad general. La clave está en evaluar si la razón que tenemos para elegir la opción de salvar al náufrago solitario supone negar de algún modo la igual importancia de todas las vidas. Pues bien, hay que decir que la decisión de salvar a uno frente a salvar a dos no es por sí misma *necesariamente* expresiva de una falta de respeto por la dignidad humana. Recordemos que tenemos derecho a no arriesgar nuestra vida para salvar la de los demás, esto es, a anteponer nuestra vida a la de los otros, sean uno o varios, y que, por tanto, de forma similar es plausible pensar que podamos legítimamente anteponer la vida de un tercero frente a la de otros.

Si la clave está en las razones para preferir una cosa u otra, la pregunta es qué tipo de razones serían incompatibles con el respeto por la dignidad. La respuesta es, para nuestro autor, clara: el respeto por la humanidad excluye aquellas preferencias que pueden ser expresivas de la convicción contraria de que no todas las vidas humanas merecen la misma consideración. Así, por ejemplo, sería inmoral preferir al náufrago solitario porque es de raza aria sobre el presupuesto de que los arios por su raza tienen una vida de mayor valor, pero no lo sería preferirlo simplemente porque es más joven o porque es un brillante músico y la música es muy importante para tu vida o crees que es muy importante para el mundo (DWORKIN, 2011: 281).

A quienes se sientan muy incómodos con esta tesis de DWORKIN, les invito a considerar si permite superar el enredo de la discusión sobre a qué organización de cooperación prestar apoyo. A veces se desata una controversia sobre qué organización ayuda a más personas necesitadas y, por tanto, merece ser apoyada en primer lugar. No quiero entrar en si es posible aclarar qué organización es más eficaz en este sentido puramente agregativo; supongamos que podemos determinar con cierta claridad el nivel de eficacia. La idea es que una persona puede optar legítimamente por apoyar a una organización menos eficaz que a otras, siempre que la razón que tenga para ello no sea por sí misma incompatible con el respeto por la dignidad. A veces, después de pasar una enfermedad grave, nos comprometemos en la lucha contra esa enfermedad, aunque

sea rara y afecte a pocas personas; otras veces la cooperación es una extensión de los compromisos éticos: por ejemplo, quienes ayudan a los necesitados en el ámbito de su profesión, etc. Todas ellas son razones legítimas y no merecen reproche moral alguno.

Por último, el que podamos tener una buena razón, respetuosa con el principio de dignidad, para salvar a los menos en lugar de a los más, no obsta para que en ausencia de ese tipo de razones sea valido el principio de que es mejor salvar más que menos vidas humanas.

3. PETER SINGER: ENTRE EL ARGUMENTO FILOSÓFICO Y EL ESTÁNDAR RAZONABLE O REALISTA

3.1. El estándar de lo «moralmente comparable o significativo»

Peter SINGER es, sin duda, uno de los filósofos morales más influyentes en la actualidad y, en particular, una de las referencias obligadas en la discusión sobre el problema moral de la pobreza absoluta. Su artículo de 1972, «*Famine, Affluence and Morality*» ha llegado a convertirse en la mejor ilustración de aquellas posiciones que podrían calificarse como «exigentes» o «ultra-exigentes», en cuanto al alcance de los deberes de ayuda al prójimo. Con frecuencia, se habla de la «postura de SINGER» como un sinónimo de «postura ultra-exigente» y muchos ven en la misma, más que una solución al problema, uno de los cuernos del dilema al que parece abocarnos[7]. Tan sólo santos o héroes, se dice, están en condiciones de cumplir con los estándares de SINGER, en la medida en que es absurdo exigir como un deber *general* aquello que sólo pueden cumplir personas excepcionales, de modo que el problema no está resuelto; SINGER fracasa. Sin embargo, como veremos inmediatamente, las tesis de SINGER distan de ser tan simples como estas críticas sugieren y, aunque él mismo no parece estar del todo incómodo con la etiqueta de radicalismo, lo cierto es que sus argumentos pueden ser interpretados bajo una mejor luz.

SINGER sostiene un sencillo argumento en el que aceptadas las premisas nos vemos constreñidos lógicamente a aceptar la solución:

> Primera premisa: El sufrimiento y la muerte por falta de comida, refugio o asistencia médica son malos.
>
> Segunda premisa: Si tenemos capacidad (el poder) de evitar que ocurra algo malo, sin sacrificar por ello nada de importancia moral equivalente, debemos moralmente hacerlo.
>
> Conclusión: Si tenemos capacidad de evitar el sufrimiento y la muerte por falta de comida, refugio o asistencia médica, sin sacrificar por ello nada de importancia moral equivalente, debemos moralmente hacerlo (SINGER, 1972: 231).

Para SINGER, la primera premisa (o principio) no necesita de ulterior argumentación para su aceptación y, aunque pudiera ser que alguien defendiera el excéntrico punto de vista contrario, se dirige sólo a los que la aceptan (la inmensa mayoría). La segunda premisa (o principio) le parece «casi tan incontrovertible como la primera»

---

[7] BAYÓN recoge, por ejemplo, el comentario de Henry SHUE sobre las implicaciones, de acuerdo con FISHKIN, de asumir un punto de vista imparcial en relación con los necesitados: una moralidad que poca gente estaría dispuesta a aceptar «aparte de unos cuantos santos y de Peter Singer» (BAYÓN, 1986: 53).

(*ibid.*). «Sin sacrificar nada de importancia moral equivalente» significa que «la acción de ayuda no sea la causa de algún mal comparable al que se evita, o que implique hacer algo malo en sí mismo, o que suponga dejar de promover algún bien moral, comparable en importancia al mal que podemos evitar» (*ibid.*). Se trata por tanto, afirma nuestro autor, de evitar lo que es malo y no de promover lo que es bueno[8], siempre hasta el límite de no sacrificar algo de importancia moral equivalente.

No obstante lo anterior, SINGER admite una versión especial de este principio de acuerdo con la cual «si tenemos el poder de evitar que ocurra algo muy malo, *sin sacrificar nada de importancia moral (morally significant),* debemos, moralmente, hacerlo» (SINGER, 1972: 231). Vemos que lo que cambia de la versión original del principio a su versión especial es la desaparición de la palabra «equivalente». En el conocido ejemplo del niño que está ahogándose y al que podemos salvar, sin más inconveniente que mojarnos la ropa, este hecho es, a juicio de nuestro autor, algo moralmente insignificante.

La versión cualificada o especial sería menos exigente pero —advierte SINGER—, de su aplicación se derivarían cambios radicales en el estilo de vida de la mayoría de los habitantes de los países ricos por dos razones: primera, el principio se aplica sin tomar en consideración la proximidad o la distancia con la persona que necesita ayuda y, segunda, el principio se aplica sin tomar en consideración si yo soy la única persona en condiciones de ayudar o soy uno entre millones en la misma posición (SINGER, 1972: 232).

El argumento esencial de SINGER no ha variado sustancialmente a lo largo de los años[9]. Peter SINGER admite que cada individuo debe juzgar qué constituiría para él un sacrificio casi tan importante (equivalente o significativo) en relación con el mal que

---

[8] Como veremos más adelante en la exposición sobre GARZÓN VALDÉS, éste es uno de los puntos más controvertidos en la discusión sobre la existencia de deberes de ayuda al prójimo. Para SINGER, el problema surge por el compromiso con una concepción deontológica de la ética: «Una ética que consiste en deberes específicos, prescritos por normas morales que todo el mundo debe obedecer, debe de hacer una distinción moral tajante entre los actos y las omisiones. Por ejemplo, tomemos la norma: "No matarás". Si esta norma se interpreta, tal como se ha hecho en la tradición occidental, como la prohibición sólo de quitar la vida humana inocente, no es demasiado difícil evitar cometer actos que la violen abiertamente: hay pocos asesinos entre nosotros. Pero, no es tan fácil evitar dejar que mueran seres humanos inocentes. Muchas personas mueren debido a la falta de alimentos, o de servicios médicos adecuados. Si podemos ayudar a algunos, pero no lo hacemos, les estamos dejando morir. Aplicar la norma en contra de matar a las omisiones haría que vivir de acuerdo con ella fuese un símbolo de santidad o de heroísmo moral, en lugar de ser el requisito mínimo de toda persona moralmente decente.

Por tanto, una ética que juzga los actos de acuerdo con que violen o no normas morales específicas debe dar gran peso moral a la distinción entre actos y omisiones. Una ética que juzga los actos por sus consecuencias no lo hará así, ya que las consecuencias de un acto y de una omisión a menudo serán, en todos los aspectos significativos, indistinguibles» (SINGER, 1995: 256).

[9] Años después, en 1980, en su famoso libro de *Ética práctica*, SINGER vuelve a fundamentar el deber general de ayuda a los más necesitados en un sencillo argumento, similar pero no idéntico:

«Primera premisa: si podemos evitar que ocurra algo malo sin sacrificar nada de una importancia moral comparable, debemos hacerlo.

Segunda premisa: la pobreza absoluta es mala.

Tercera premisa: hay parte de la pobreza absoluta que podemos evitar sin sacrificar nada de una importancia moral comparable.

Conclusión: debemos evitar parte de la pobreza absoluta» (SINGER, 1995: 287).

Aquí vemos que SINGER, al tiempo que mantiene la primera versión de su estándar, la que se refiere al sacrificio de algo de importancia moral *comparable* o *equivalente*, limita la conclusión a evitar *una parte* de la pobreza. De este modo, de un lado, salva la objeción de que «debe implica puede» y, por tanto, no puede existir un deber de acabar con toda la pobreza absoluta.

se pretende evitar, lo cual, reconoce, «variará según el punto de vista ético que uno acepte» (SINGER, 1995: 289). Sin embargo, con ello no está afirmando, como sí lo hace DWORKIN, que el sacrificio que implica la ayuda deba medirse a partir de un estándar subjetivo de quien ayuda. SINGER entiende que, a la hora de determinar qué es un sacrificio excesivo, debemos considerar *imparcialmente* nuestros intereses y los de los demás, esto es, el que un interés sea nuestro no es ninguna razón para darle más peso frente a los intereses de los demás. De ahí que el estándar de exigencia moral que se deriva del argumento de SINGER sea muy elevado, demasiado si atendemos a que son muy pocos los que pueden cumplirlo (el propio SINGER reconoce su fracaso al respecto), ya que implica cambios radicales en nuestra manera de vivir y en nuestra manera de concebir la libertad de vivir. Dicho de otro modo, el «conflicto mental» entre el punto de vista personal y el impersonal al que antes se aludía parece resolverse de manera radical en favor de este último.

3.2. El estándar público o realista

No obstante, SINGER ha terminado por defender un estándar «razonable» o «realista» que sería el adecuado como «estándar público» dadas ciertas asunciones básicas sobre la psicología humana y las circunstancias del mundo contemporáneo. SINGER sostiene que dichas consideraciones sobre la psicología humana (por ejemplo, la dificultad para comprometerse con los intereses de personas anónimas que viven en lugares alejados, geográfica y culturalmente) no tienen relevancia en una reflexión individual sobre lo que debemos moralmente hacer, pero sí la tienen en relación con la deliberación sobre qué normas o estándares deben ser públicamente defendidos, puesto que la moral es de poca utilidad para la humanidad si sus mandatos están condenados, por exigentes, a no ser seguidos (SINGER, 2012: 163 y ss.). De esta manera, la propuesta realista pone el acento en el carácter divisible de la obligación de eliminar la pobreza absoluta y, a partir de este presupuesto, en lo limitado del sacrificio que a cada uno le correspondería. En concreto, SINGER sugiere que deberíamos contribuir entre un 1 y un 5 por 100 de nuestros ingresos dependiendo del nivel de riqueza[10].

SINGER sostiene que frente a terceros es mejor defender un estándar realizable como el que se acaba de señalar, porque ello alentará una cultura de la donación y, en definitiva, quienes viven en la pobreza recibirán mayor cantidad de ayuda (SINGER, 2012: 164). Pero ello es compatible con afirmar que el razonamiento moral exigente,

---

En su reciente libro, *Salvar una vida. Cómo terminar con la pobreza* (2012), SINGER continua defendiendo el que ahora llama *argumento esencial*, básicamente con la misma forma:

«Primera premisa: El sufrimiento y la muerte por falta de alimento, cobijo y atención médica son malos.

Segunda premisa: Si podemos impedir que suceda algo malo sin sacrificar nada tan importante como el mal que pretendemos evitar, es incorrecto no hacerlo.

Tercera premisa: Aportar dinero a organismos de ayuda internacional puede impedir el sufrimiento y la muerte por falta de alimento, cobijo o atención médica, sin sacrificar nada tan importante como los males que vamos a evitar.

Conclusión: Por consiguiente, si no aportamos dinero a organismos de ayuda internacional, estamos haciendo algo incorrecto» (SINGER, 2012: 33).

[10] Si quieren más información al respecto pueden visitar la página web «*The live you can save*» (*www.thelifeyoucansave.com*).

el argumento esencial, es irrefutable. Se produce, entonces, la paradoja de afirmar que una persona que hace tan sólo la parte que le correspondería (en un reparto ideal de obligaciones alicuotas) cumple con su obligación y, simultáneamente, esa persona tienen la obligación de contribuir hasta el límite de no sacrificar nada de importancia moral comparable. La paradoja se disuelve afirmando la diferencia «entre lo que debo hacer como individuo y el conjunto de principios o el código moral que debería defender y tratar de que cumplieran la mayor parte de las personas de nuestra sociedad» (SINGER, 2012: 164). Para SINGER, la tradición kantiana que hace de la publicidad y la universalidad una condición necesaria de la justificación de los principios pasa por alto cuestiones relativas al estadio de la evolución humana y, en particular, ciertos «sesgos» de nuestra psicología.

La noción de «sesgo» que maneja nuestro autor se corresponde con la teoría en auge de los sesgos y de los heurísticos desarrollada, entre otros, por el premio Nobel Daniel KAHNEMAN. Se trata de limitaciones generales del pensamiento humano: errores frecuentes que afectan de forma general (no patológicos) a todos los seres humanos. En el tema que nos ocupa, por ejemplo, un sesgo importante sería el que se puede denominar «efecto de la víctima identificada», el cual sería consecuencia de la interacción de dos diferentes sistemas para conocer la realidad: el sistema afectivo y el sistema deliberativo (SLOVIC, 2007)[11]. Los otros sesgos que toma en consideración Peter SINGER son los siguientes: el «provincianismo», por el que nuestro sistema afectivo se ve más perturbado por la desgracia de los parientes o personas pertenecientes a nuestra comunidad que por la de los extranjeros o desconocidos, como consecuencia de un proceso evolutivo de millones de años orientado a la transmisión de los genes propios; el «pensamiento de la futilidad», de acuerdo con el cual valoramos mejor una situación en la que la proporción de salvados con respecto al número total de personas en peligro es alta, frente a otra situación en la que dicha proporción es menor pero el número de salvados total es mayor[12]; la «disolución de la responsabilidad» o «efecto espectador», por el cual es menos probable que ayudemos si la responsabilidad de hacerlo puede ser compartida; el «sentido de la justicia» por el que se reduce nuestra disposición a hacer nuestra parte si los demás no hacen la suya; el efecto del «dinero», por el cual, la presencia del dinero en una relación social disminuye nuestra predisposición a pedir ayuda o a prestarla y para aproximarnos a los demás (SINGER, 2012: 63-76)[13].

Ninguno de estos hechos de la psicología humana tiene, en opinión de nuestro autor, fuerza justificativa, pero deben ser tenidos en cuenta para promover una cultura de la donación. Ahora bien, SINGER no se contenta con promover un adecuado «marketing» de la cooperación o, incluso, una suerte de paternalismo libertario, como el defendido por THALER y SUNSTEIN (2009), pero de tipo moral, que trataría de favorecer las respuestas correctas (filantrópicamente) por medio de pequeños empujoncitos (*nudges*), tal y como sería la posibilidad de elogiar a quienes ayudan en algo. SINGER parece abogar por un paternalismo moral fuerte en el que se sostenga públicamente una *noble mentira*. Su propuesta sólo puede ser efectiva si los individuos creen real-

[11] Citado por SINGER, 2012: 66.

[12] Así es mayor la disposición para ayudar a salvar al 80 por 100 de 100 vidas en peligro que para salvar el 20 por 100 de 1.000 vidas en peligro. *Vid.* SLOVIC, cit., y SINGER, 2012: 70 y 71.

[13] SINGER ha desarrollado este tema en *The expanding circle: Ethics and sociobiology*, 1981.

mente que cumplen sus obligaciones de ayuda al prójimo contribuyendo en la pequeña parte que les correspondería si todos los demás en situación de ayudar hicieran lo propio. Sin embargo, en primera persona, como reconoce el propio SINGER, se violaría el principio de autenticidad al pensar tal cosa: una vez cumplida mi obligación según el estándar realista, persiste la obligación de contribuir hasta el límite de poner en riesgo algo de valor moral comparable o significativo, seguiría siendo cierto que mi renuncia a ayudar equivaldría a la del paseante que, por evitar mojarse los zapatos y llegar tarde a su cita, no rescata a un niño que se ahoga en el estanque (SINGER, 2012: 165).

3.3. Observaciones críticas al planteamiento de SINGER

Peter SINGER ha hecho, en mi opinión, una contribución extraordinaria al desarrollo de una ética racional y práctica. Se trata, como DWORKIN, de un brillante argumentador y en su obra podemos encontrar innumerables ejemplos de buenas argumentaciones en relación con casi todas las discusiones importantes de las últimas décadas. Puede decirse que SINGER es un «filósofo ilustrado» que ha llevado, y sigue haciéndolo, la luz a muchas zonas oscuras del pensamiento moral contemporáneo (por poner sólo un ejemplo: a la cuestión de cómo debemos tratar a los animales). Sin embargo, en relación con la fundamentación y alcance de los deberes de ayuda su propuesta no supera, a mi juicio, algunas críticas, como sí lo hace la propuesta de DWORKIN.

Una primera dificultad tiene que ver con el consecuencialismo de SINGER, por contraposición al deontologismo principialista de DWORKIN. Todo el desarrollo de SINGER en torno al problema del hambre está sujeto a la crítica clásica al utilitarismo: no sabemos hasta dónde debemos llevar el cálculo de consecuencias favorables y desfavorables. El ejemplo del niño que se ahoga en el estanque es lo suficientemente simple como para que no surja este problema del cálculo de las consecuencias. Sin embargo, más allá de este sencillo supuesto, la crítica se aplica con contundencia. El propio SINGER reconoce que una persona comprometida con su estándar de ayuda debería reservar recursos si es que estos le van a llevar a ganar más y a mejorar su capacidad de ayudar; igualmente elogia a quienes han optado por una formación académica de élite para dedicarse a una actividad tan lucrativa como la de agente de bolsa y así adquirir una enorme capacidad de ayuda a los otros. Pero estas «reservas» y orientaciones de los recursos pueden hacerse en muchas direcciones: yo puedo reservar recursos para que mis hijos adquieran una formación que, además, les llevará a un mejor posicionamiento económico que, en su caso, les llevará a ser más capaces de donar; puedo alimentar una industria de lujo si la misma, además de su escaso impacto medioambiental, permite concentraciones de capital que, llegado el caso, pudieran ser puestas al servicio de la filantropía, etc. Igualmente, la cultura de la donación puede alegrarse de que el matrimonio Gates dedique 29.000 millones de dólares a su fundación (algo que Peter SINGER elogia), pero deberíamos preguntarnos si también merece una evaluación positiva el proceso de acumulación capitalista por el que dos personas pueden decidir ser filántropos con 29.000 millones de dólares.

La segunda crítica se dirige contra el excesivo peso que, en mi opinión, SINGER concede a la argumentación lógica, lo cual contrasta con el método hermenéutico y

de balance de razones de DWORKIN. Recordemos la insistencia de SINGER en que el *argumento esencial* es lógico y que, en consecuencia, ninguna consideración ulterior hará que deje de ser cierto. El *argumento esencial* tal y como lo presenta es deductivo (si se aceptan las premisas, debe aceptarse la conclusión), pero no hay que olvidar que la fuerza persuasiva de la lógica sólo es plena en argumentos puramente formales. Cuando los argumentos son sustanciales (tienen contenido), aunque su forma sea lógica[14] el peso que debemos concederles depende de la interpretación de las premisas y su aceptabilidad, la dimensión material, y del contexto en el que se argumenta, la dimensión pragmática (ATIENZA, 2013: 110 y ss.). En cuanto al valor del argumento por su dimensión material, la cuestión más importante es la interpretación correcta del estándar «sin sacrificar por ello nada de importancia moral equivalente». El estándar tiene un alto grado de indeterminación y también podría decirse que tiene un cierto grado de formalidad. Esto no es necesariamente un defecto siempre que contemos con una definición operativa o un método para precisar y aplicar el estándar. El problema es que SINGER se limita a aludir a algún ejemplo (el niño que se ahoga en el estanque) y a señalar que de aplicar el estándar se seguirían drásticos cambios en la forma de vida de los habitantes de los países ricos. Creo que DWORKIN, y cualquier filósofo moral, podrían asumir el argumento esencial de Peter SINGER, pero partiendo de una interpretación diferente de qué tiene importancia moral.

En cuanto al valor del argumento esencial por su dimensión pragmática, el propio SINGER reconoce su poco peso, puesto que parece que sólo sería persuasivo (y movería a la acción) ante un auditorio de seres angelicales (un auditorio universal perelmaniano, construido con los rasgos más ideales imaginables). De ahí que proponga el *estándar público o sensato.* Esta disociación, en el campo de la argumentación moral, entre el argumento válido o verdadero y el argumento sensato o público es, a mi juicio, muy insatisfactoria. Para evitar estas disociaciones hay que asumir cierto pragmatismo, del que DWORKIN, NINO o ATIENZA son claros exponentes, y que aconseja aceptar que la propuesta sensata es, todo considerado, la propuesta correcta: la razonabilidad es una exigencia de la corrección, no una cuestión puramente estratégica[15]. SINGER exige para refutar su posición una *demostración*, cuando lo único que podemos ofrecerle (y, ciertamente, que él mismo puede ofrecernos) es una *argumentación* en la que, por ejemplo, las dificultades generales para cumplir con determinado deber y las prácticas de reproche o elogio en relación con ello cuenten, tengan cierto peso, a la hora de considerar la existencia o el alcance de tal deber.

En cuarto lugar, en mi opinión, SINGER no da cuenta suficientemente del valor de la autonomía. De los tres valores clásicos de la tradición kantiana, al tratar el tema

[14] Siguiendo a ATIENZA, entiendo aquí por «forma de un argumento aquello que queda del mismo cuando se hace abstracción del significado concreto de las proposiciones que lo componen y del contexto en el que se argumenta» (ATIENZA, 2013: 171).

[15] Hay muchos ejemplos a lo largo de la disertación de SINGER en los que encontramos un razonamiento «more geométrico» que nos conduce a una conclusión cuanto menos muy alejada de las opiniones comunes al respecto. Tampoco es inusual la referencia a la idea demostración, necesariedad de la conclusión, etc. Por ejemplo: «La dificultad de cumplir a rajatabla con el deber de salvar a todo el que se pueda — afirma SINGER— hace que sea inapropiado culpar a los que se quedan cortos en la consecución de ese objetivo, del mismo modo que culpamos a los que matan; pero esto no demuestra que el acto en sí mismo sea menos grave» (SINGER, 1995: 284).

de la pobreza, prácticamente se ocupa sólo del que se presta a una interpretación más formal: la universalidad, imparcialidad, regla de justicia formal, etc. Afirma que la imparcialidad es central en el discurso moral y da por supuesto que esta afirmación implica que en todo nivel de discurso moral el razonamiento parcial es inadecuado; de algún modo, se presupone aquello que debía probarse. Por el contrario, parece claro que cabría distinguir entre el principio universal de autonomía que nos permite moralmente atribuir algo más de peso a nuestros intereses que a los de los demás, con el límite de no ofender su dignidad, y la aplicación del mismo a un caso particular en el que el individuo en virtud de un principio imparcial y universal aplica un estándar parcial. Juan Carlos BAYÓN sugiere, utilizando la teoría de la razón práctica de RAZ, que el principio de autonomía provee de razones de segundo orden, en particular de permisos excluyentes, que autorizan al individuo a no hacer aquello que debería hacer según el balance de razones de primer orden (BAYÓN, 1986: 49; RAZ, 1991: 39 y ss.). De cualquier modo, el valor de autonomía parece esencial para interpretar el estándar de aquello que es de «importancia moral equivalente».

Recordemos que en la concepción de DWORKIN la «moral», que prescribe cómo debemos tratar a los otros, es esencial para «vivir bien», pero no se trata de que la moral defina por sí misma lo que es vivir bien; más bien al contrario, nuestras responsabilidades éticas deben contribuir a definir nuestras responsabilidades morales. El estándar defendido por SINGER como moralmente verdadero, dada la enormidad del fenómeno de la pobreza absoluta, no nos deja espacio para definir lo que cuenta como éxito en nuestra propia vida; nuestra autonomía queda reducida prácticamente a elegir cumplir con el estándar o no. Si optamos por ser morales, nuestros recursos deberían quedar reducidos (idealmente) al mínimo, con el límite de retener lo que sea necesario para una eficiente reproducción de los mismos que nos permita seguir contribuyendo y, a la vez, no convertirnos en un carga para los demás. En todo caso, nuestras vidas se definen, en primer lugar, en función de las necesidades de los demás, que deben ser satisfechas.

Todas las críticas anteriores se aplican a la piedra angular del discurso de SINGER: el famoso caso del niño que se ahoga y que puede ser rescatado con un pequeño coste. En este caso se apoya una y otra vez para fundamentar la existencia de un deber de ayuda hasta el límite del sacrificio de algo de valor moral equivalente. Sin embargo, la realidad se parece más a la estrambótica situación de una sucesión interminable de estanques en el que siempre hay un niño ahogándose. Después de salvar a uno, estoy lo suficiente cerca del siguiente estanque para salvar a otro y luego a otro, etc. Incluso en una situación así, donde el sufrimiento y la muerte evitables me asaltan en la proximidad, terminaríamos por construir un compromiso entre nuestros intereses y los de los niños, por más que algunos de mis intereses (descansar, tener relación con mis seres queridos, continuar con algún proyecto esencial para mí, etc.) no fueran de importancia moral equivalente bajo una regla de imparcialidad. El verdadero desafío para el pensamiento moral es incorporar un principio de ayuda a los necesitados sobre los presupuestos del reconocimiento del valor de la autonomía individual y la igual dignidad.

En último lugar, quisiera señalar que el estándar público o sensato, de acuerdo con el cual estamos obligados a cumplir con lo que sería justo, esto es, lo que nos correspondería si los demás también hicieran su parte, resulta, en mi opinión, ridí-

culo en relación con los muy ricos. Por mucho que la parte que le corresponda a un super multimillonario sea progresivamente mayor que la que corresponda a otros menos afortunados, los modos de vida que los primeros suelen protagonizar son en sí mismos incompatibles con el respeto por el igual valor objetivo de la vida humana. El propio SINGER, criticando la ostentación y el derroche de Larry Ellison, el consejero delegado de la compañía Oracle, afirma que «ha llegado el momento de dejar de creer que aunque esta forma de gastar dinero es estúpida, se trata sólo de una inofensiva exhibición de vanidad, y de empezar a pensar que es muestra de una profunda falta de consideración hacia los demás» (SINGER, 2012: 171).

4. GARZÓN VALDÉS Y LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR A CABO UN SACRIFICIO TRIVIAL

4.1. El planteamiento de GARZÓN VALDÉS en «Los deberes positivos generales y su fundamentación»

Ernesto GARZÓN VALDÉS, en un influyente artículo titulado «Los deberes positivos generales y su fundamentación», ha defendido la validez de los «deberes positivos generales» definidos como aquellos «cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) los destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 17). La propuesta de GARZÓN VALDÉS trata de refutar aquellos argumentos provenientes de cierta tradición liberal de acuerdo con la cual las únicas obligaciones morales generales (esto es, independientes de la identidad del beneficiado) son obligaciones de abstención (por ejemplo, no matar, no robar, etc.), pero nunca, o raramente, obligaciones de acción (por ejemplo, ayudar a los necesitados). Las acciones de ayuda, más allá de obligaciones especiales en relación con personas con vínculos reconocidos (hijos, amigos, etc.), son loables moralmente pero no obligatorias. El objetivo de GARZÓN VALDÉS al insistir en el carácter *trivial* del sacrificio es superar la crítica de que si se considera obligatorio ayudar a todos los que necesitan acuciantemente ayuda, por ejemplo a los más de setecientos millones de humanos que viven en la pobreza absoluta, esto conduce irremediablemente a poner las vidas de los más favorecidos al servicio de las de los desfavorecidos, pudiéndose llegar incluso a la pauperización y la destrucción de los propios obligados. Como acabamos de ver esta es una crítica que se puede dirigir contra el estándar exigente de SINGER.

La estrategia argumentativa de GARZÓN VALDÉS es afirmar su tesis, la validez moral de los deberes positivos generales, presentar las objeciones más importantes a dicha tesis, refutar dichas objeciones y, en consecuencia, reafirmar la tesis inicial. El trabajo se divide en tres partes. En la primera se consideran las críticas a los deberes positivos generales basados en su asimetría lógica o conceptual con los deberes negativos generales. Dentro de este grupo, es útil distinguir entre las críticas vinculadas a la distinción clásica entre deberes perfectos e imperfectos y el problema conocido como «dilema de FISHKIN». En la segunda parte, nuestro autor considera los argumentos de ética normativa contra la validez de los deberes positivos generales y, en la tercera, a modo de

conclusión se apunta a una concepción de la ética basada en la idea de valores, frente a los cuales la imposición de deberes tiene un carácter instrumental.

GARZÓN VALDÉS reconsidera críticamente el alcance de la distinción entre deberes perfectos e imperfectos (defendida por MILL y re-actualizada por autores liberales como MURPHY, 1979). Los deberes son perfectos cuando *a)* su incumplimiento perjudica a los destinatarios de los mismos y *b)* estos últimos tienen derecho a exigir su cumplimiento (GARZÓN VALDÉS, 1986: 17). Mientras que no hay ningún problema en entender a los deberes negativos generales como deberes perfectos, sí que se plantean numerosos problemas al considerar perfectos a los deberes positivos generales. La «imperfección» de los deberes positivos generales se mostraría, según los autores, en diversos «defectos»: que son de imposible cumplimiento (HARDIN, 1976, y FLETCHER, 1976); que el intento de cumplirlos traería peores consecuencias (WELLMAN, 1982); que, a diferencia de los deberes negativos, el incumplimiento de un deber positivo no implica lógicamente un mal, porque otro tendrá la opción de cumplirlo (TRAMMELL, 1975); que prohíben omisiones en lugar de acciones, de donde se derivan toda una serie de asimetrías: el reproche mayor que se suele atribuir a la acción frente a la omisión, la mayor relevancia causal de la acción frente a la omisión (HONDERICH, 1980), el carácter ilimitado del número de deberes negativos que pueden ser cumplidos frente al necesariamente limitado de los deberes positivos (GLOVER, 1977), los efectos colaterales de la acción moralmente reprochable suelen ser más perniciosos que los de una omisión y, por último, «para que pueda hablarse de una omisión es necesario que existan ciertas expectativas deónticas o empíricas» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 20).

Hay que insistir en que GARZÓN VALDÉS introduce en la propia definición de «deberes positivos generales» que su contenido es una «acción de asistencia al prójimo que requiere de un *sacrificio trivial*». Sobre este presupuesto, argumenta convincentemente que no hay ninguna imposibilidad lógica o conceptual en afirmar, dentro de un sistema moral coherente, la vigencia de deberes positivos generales del mismo modo que se afirma la vigencia de deberes negativos generales.

Con respecto al carácter necesariamente benevolente del cumplimiento de los deberes positivos generales, GARZÓN VALDÉS argumenta que «dañar no significa únicamente empeorar una situación o transformar una situación positiva en una negativa sino también no evitar que un mal se produzca o permitir que continúe, cuando el agente pudo haberlo impedido o superado *sin que ello implicara mayor sacrificio de su parte*» (*ibid.*). Con respecto a la duplicación de esfuerzos y las consecuencias negativas del intento de cumplir universalmente con los deberes positivos generales, GARZÓN VALDÉS apela al carácter esencialmente divisible de la obligación de ayuda mutua y a la necesidad de generar instituciones de coordinación. La misma idea de la divisibilidad de la obligación le sirve a nuestro autor para afirmar que la tesis de la opcionalidad no puede establecer una distinción significativa entre deberes negativos y positivos. Cuando no hay tal «divisibilidad», entonces la responsabilidad por no ayudar cae por igual sobre todos los que pueden prestarla. Cuando sí la hay, como es el caso de la obligación de ayudar contra la pobreza y el hambre, entonces no estamos obligados a compensar los incumplimientos de los demás obligados. Finalmente, si la «opcionalidad» se refiere al hecho de que no podemos estar seguros de si nuestra omisión dañará a alguien, puesto que otro puede hacer aquello que nosotros no hemos hecho,

de acuerdo con GARZÓN VALDÉS, dependiendo de las circunstancias, lo mismo puede ocurrir con los «deberes negativos» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 23). En relación con los argumentos vinculados a la distinción entre acciones y omisiones, GARZÓN VALDÉS es muy claro al afirmar la prioridad de las cuestiones normativas sobre las conceptuales. Al tiempo que afirma «que para que pueda hablarse de omisión es necesario haber aceptado antes la existencia de la obligación» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 27), señala que «esto es precisamente lo que niegan quienes recurren al argumento de la diferencia entre acción y la omisión» (*ibid.*). Para GARZÓN VALDÉS, se trata de proteger un valor, por ejemplo la vida, por medio del cumplimiento de deberes negativos y positivos, y la relevancia de la diferencia entre unos y otros sólo se puede establecer en tanto que instrumentos en defensa de ese valor.

James S. FISHKIN ha sostenido que la cuestión de la validez de los deberes positivos generales nos enfrenta al siguiente dilema: o bien afirmamos la validez de los deberes positivos generales y debemos abandonar nuestra comprensión de la moralidad con una estructura básica que distingue entre actos moralmente indiferentes, supererogatorios y obligatorios, o bien debemos negar la validez de los deberes positivos generales y, entonces, renunciar a principios básicos de la moral como la imparcialidad y, en última instancia, al propio «punto de vista moral» (FISHKIN, 1982). A juicio de GARZÓN VALDÉS, por el contrario, el dilema se puede evitar condicionando la existencia de deberes positivos generales al cumplimiento de las siguientes reglas: 1) el sacrificio trivial está temporalmente delimitado, es decir, su reiteración es exigible después de haber pasado un cierto tiempo de recuperación que restituya al obligado a la situación en que se encontraba antes de realizar el sacrificio trivial; 2) nadie está moralmente obligado a compensar la no realización de sacrificios triviales por parte de los miembros de su clase o comunidad cuando se trata de deberes positivos divisibles; 3) nadie está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial cuando quien lo solicita está en condiciones de superar por sí mismo su situación de penuria, y 4) los sacrificios triviales deberán ser coordinados sobre la base de la división del trabajo y su especialización» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 24).

En la segunda parte de su trabajo, GARZÓN VALDÉS defiende su posición de ética normativa a partir de refutar los argumentos contrarios de la tradición liberal (o libertaria) norteamericana, la cual ha criticado los deberes positivos generales por ser contrarios al principio de libertad y/o igualdad y que sostiene que no son deberes indispensables para la convivencia humana. Para GARZÓN VALDÉS, quienes argumentan en favor de una esfera máxima de no interferencia apelando a la libertad, al «derecho de toda persona a que la dejen tranquila» (BRANDEIS), consideran que dentro de esa esfera de libertad las personas deben recoger los frutos de su éxito pero también asumir las consecuencias de sus fracasos, sin que la intervención correctora del Estado busque una injustificable «igualdad en el resultado». A juicio de nuestro autor, esta postura es sencillamente incongruente con la propia justificación de los deberes negativos, que también producen una igualación en el resultado, «haciendo que el débil sea igual que el fuerte» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 29). Frente al argumento de la igualdad que sostiene que los deberes positivos no se pueden universalizar en cuanto a los beneficiarios, replica GARZÓN VALDÉS que «creer que universalización significa la eliminación de toda distinción entre los agentes morales es confundir universalización

con incondicionalidad y establecer un igualitarismo que sí destruye la posibilidad de vigencia de preceptos generales» (GARZÓN VALDÉS, 1986, 30). Finalmente, GARZÓN VALDÉS afirma que la vigencia de los deberes negativos generales no es suficiente para garantizar la vida en sociedad.

Ya en la tercera parte, como conclusión, se ahonda en esta idea de la simetría entre los deberes afirmando que los mismos, positivos o negativos, «no constituyen un fin en sí mismos sino que tienen un carácter eminentemente instrumental, es decir, asegurar la protección de bienes que se consideran valiosos», de donde resulta una concepción de la ética como un conjunto de reglas «con fines pragmáticos». La evolución del Estado liberal abstencionista a un Estado social pone de manifiesto la insuficiencia del modelo lockeano para garantizar bienes que son primarios. Sin embargo, en el plano de la moral individual, «tampoco el Estado social exime de la obligación de cumplir con los deberes positivos generales, cuya justificación es la misma que la de los deberes negativos generales: la protección de bienes que se consideran valiosos» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 32).

4.2. Observaciones críticas al planteamiento de GARZÓN VALDÉS

En el mismo número de la revista *Doxa* donde se publica el artículo de GARZÓN VALDÉS, Juan Carlos BAYÓN y Francisco LAPORTA hicieron una revisión crítica del mismo. Creo que merece la pena exponer sus lineamientos principales, no sólo por lo que aportan a la valoración de las tesis de GARZÓN VALDÉS, sino también porque sus puntos de vista alternativos pueden servir para alcanzar algunas conclusiones sobre el tema que nos ocupa.

Juan Carlos BAYÓN, en primer lugar, señala que al tratar la cuestión del análisis del par conceptual daño y beneficio, GARZÓN VALDÉS no siempre ha mantenido separados el plano conceptual y el sustantivo (BAYÓN, 1986: 40), de modo que no habría advertido que para saber si una concreta acción es el cumplimiento de un deber positivo de ayuda mutua o un acto supererogatorio de beneficencia es necesaria una toma de posición previa sobre qué es lo debido en una situación determinada.

En segundo lugar, BAYÓN aborda la que considera la cuestión más espinosa: «Poner límites a nuestros deberes positivos, de modo que no nos veamos abocados a la extraordinariamente exigente posición de Singer» (BAYÓN, 1986: 35). A su juicio, la propuesta de GARZÓN VALDÉS no es convincente en este punto, porque no se justifica, desde el punto de vista de una moral crítica, por qué el sacrificio que conlleva el cumplimiento de los deberes positivos generales no ha de superar lo «trivial» (BAYÓN, 1986: 44). Es cierto que, como sostiene GARZÓN VALDÉS, el dilema de FISHKIN es superable, pero se da por supuesto que la exigencia de partida debe ser siempre la de un altruismo mínimo. Adicionalmente, BAYÓN señala que la idea de «sacrificio trivial» es oscura por dos razones: primera, porque el principio sólo puede tener sentido si exige la paradójica idea de un «máximo sacrificio trivial posible» (lo cual, en su opinión, es tan difícil como determinar cuál es el hombre más alto de los hombres bajos del mundo) y, segunda, porque la noción de «sacrificio» presupone el derecho moral a aquello de lo que prescindimos para ayudar a los necesitados, lo cual nos conduce a

asumir la justicia del actual esquema de reparto (BAYÓN, 1986: 46 y 47). Por último, sostiene BAYÓN que hay una incoherencia entre la tesis de la simetría entre deberes negativos y positivos, defendida por GARZÓN VALDÉS, y el hecho de que se nos exija en cumplimiento de nuestros deberes negativos un sacrificio mucho mayor que en los positivos: por mucho interés que tenga en matar a otro, mi obligación es abstenerme de hacerlo.

Para BAYÓN, la noción clave en la determinación de los límites de los deberes positivos generales es la de autonomía, el valor de elegir nuestro propio plan de vida, ya que, como advierte NINO, «la concepción que estipula el deber moral de evitar cualquier mal que podamos evitar compele a adoptar como único plan de vida el del buen samaritano» (NINO, 1984: 208). La protección de la autonomía individual establece un límite a las razones basadas en el bienestar general y permiten construir la distinción entre los actos moralmente obligatorios y los supererogatorios (aquellos que sería mejor hacer pero que por «razones de autonomía» no son exigibles). Partiendo de una concepción de la autonomía como «capacidad de optar entre diferentes planes de vida», BAYÓN concluye defendiendo que para que haya un reparto digno de la autonomía, habría que aplicar el principio de diferencia rawlsiano y que dado que la autonomía exige, además de libertad e información, de recursos mínimos, nadie podría negarse justificadamente a prestar ayuda hasta que se alcanzara el esquema de distribución justo, aunque ello implique un sacrificio algo más que trivial. En conclusión, BAYÓN reconoce que su posición es bastante próxima a la de SINGER: «Nuestras convicciones morales comunes la juzgan excesiva, pero no acierto a ver el tipo de argumento que nos permitiría llegar a una conclusión distinta» (BAYÓN, 1986: 52).

Francisco LAPORTA por su parte afirma que la posición de GARZÓN VALDÉS, como la de SINGER, asume «que la producción por omisión de ciertos efectos (p. ej. el hambre en zonas del tercer mundo) es el *fundamento* o *razón* que ha de utilizarse para adscribir *responsabilidad moral* (y no sólo causal) a aquellos individuos que omiten la realización de ciertas acciones (p. ej., ciertos sacrificios triviales)» (LAPORTA, 1986: 56). Para que podamos afirmar que una omisión es causa, precisa LAPORTA, es necesario que se constaten los siguientes elementos: «*a)* Un conjunto de condiciones relevantes coherentes con y simultáneas a [...]; *b)* [...] una acción a realizar que, en virtud de [...]; *c)* [...] una conexión nómica produce [...]; *d)* [...] la evitación de cierto estado de cosas» (LAPORTA, 1986: 57). En los denominados casos de moralidad «*face to face*», cabe delimitar con precisión estos elementos, de modo que cabe igualmente señalar que un agente es responsable moralmente del daño que causó con su omisión; la responsabilidad moral se fundamenta en la responsabilidad causal de manera directa. Ahora bien, advierte LAPORTA, fuera de estos casos y, en concreto, en lo referido al problema del hambre en el tercer mundo, el esquema propuesto para verificar la causación por omisión se complica de tal manera que «no resulta extraño que, para esos supuestos, el "sentido común" dictamine que las acciones son más culpables que las omisiones» (LAPORTA, 1986: 58). Esto no se resuelve sino que se complica introduciendo en la noción de omisión, tal y como hace GARZÓN VALDÉS, un componente deóntico. Se complica, sostiene LAPORTA, si ante las dificultades para adscribir responsabilidad causal por una omisión a un individuo, se le atribuye igualmente responsabilidad moral por omitir porque se entiende por «omisión» no hacer lo que se debe hacer.

A juicio de LAPORTA, la salida a este enredo se encuentra en la teoría de la causación colectiva y de la responsabilidad colectiva, «para derivar a partir de ellas los supuestos de responsabilidad individual consiguientes» (LAPORTA, 1986: 81). En los supuestos de causación por omisión colectiva, el resultado de la omisión colectiva es diferente del que produce cada una de las omisiones individuales. LAPORTA sugiere que «puede distinguirse entre la responsabilidad colectiva por la omisión colectiva y las responsabilidades individuales por las omisiones de los integrantes del colectivo» (LAPORTA, 1986: 61) De esta manera concluye que «para estos supuestos de gran complejidad, el único significado analítico que podemos atribuir a la existencia de un deber positivo general, por ejemplo de ayuda mutua, que gravite sobre un colectivo, consiste en articular un conjunto de deberes positivos especiales que graviten sobre los miembros de ese colectivo» (LAPORTA, 1986: 62). En última instancia, LAPORTA muestra sus dudas sobre que este problema sea enfrentado en el contexto de la moralidad interindividual y no «a partir de una moralidad pensada para las instituciones», lo cual es reflejo de la «reprivatización» de demanda básicas de moralidad «que parece tener como objetivo desplazar las responsabilidades de la estructura institucional de los gobiernos y de las políticas internacionales para reubicarlas en la esfera de las actitudes individuales» (LAPORTA, 1986: 63).

Teniendo en mente las observaciones de BAYÓN y LAPORTA, trataré de exponer a continuación mi propia valoración de las tesis de GARZÓN VALDÉS y su comparación con las de DWORKIN. En primer lugar, hay que insistir en que cuando GARZÓN VALDÉS introduce en la definición de «deberes positivos generales» la noción de «sacrificio trivial» señala implícitamente uno de los objetivos de su artículo: refutar a quienes sostienen que, por razones conceptuales, normativas o prácticas, ni siquiera sería exigible un sacrificio trivial como contenido de un deber positivo general. A mi juicio, nuestro autor tiene éxito al mostrar las debilidades de esas posiciones que podríamos calificar de «liberales extremas» y, dado que desde la fecha de publicación del artículo hasta la actualidad dicho extremismo no ha parado de crecer y extenderse (de globalizarse), el catálogo de contra-argumentos que nos ofrece GARZÓN VALDÉS no es nada desdeñable. Por otro lado, se apunta una crítica de mucho alcance sobre la prioridad del análisis conceptual para determinar la validez de tesis normativas. Hemos visto que BAYÓN le reprocha no haber mantenido convenientemente separados los sentidos descriptivos y normativos en relación con los conceptos de daño y beneficio. En una breve contra-réplica, GARZÓN VALDÉS sostiene que «las lesiones de la autonomía (sea por acción o por omisión) "dañan" no porque estén prohibidas sino que justamente se las prohíbe por que se considera que la autonomía de la persona es un bien valioso» (GARZÓN VALDÉS, 1986b: 66). En el mismo sentido, al tratar de la expectativa deóntica implícita en la omisión de ayudar, señala que si los argumentos en favor de los deberes positivos generales son convincentes «la distinción entre acción y omisión pierde su relevancia» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 28). Finalmente, en esta línea, conviene recordar la advertencia de nuestro autor: «la ética no es un lujo o un ejercicio más o menos ingenioso de los filósofos sino un conjunto de reglas con fines pragmáticos» (GARZÓN VALDÉS, 1986: 32). Aquí podemos encontrar, creo que sin forzar la interpretación, una similitud con la tesis sistemáticamente desarrollada por DWORKIN en la primera parte de *Justicia para erizos* de que no hay metaética en el significado ordinario del término, puesto que toda cuestión metaética es ya una

cuestión moral[16]. En este mismo sentido creo que puede interpretarse el estudio de Manuel ATIENZA de la parte de la obra de GARZÓN VALDÉS dedicada a los temas de ética normativa, en la cual, señala ATIENZA, «el análisis ha pasado a ser, en general, un método» (ATIENZA, 1993: 22). ATIENZA propone entender la concepción de la filosofía moral de GARZÓN VALDÉS como un sistema de principios, reglas y tesis, y sugiere que «si se quiere» esta división puede entenderse como elementos de ética normativa (principios y reglas) y de metaética (tesis). Sin embargo, en cuanto a las tesis que servirían de sustento al principio que afirma la existencia de deberes positivos generales, ATIENZA señala las siguientes: «(T1) los deberes éticos son instrumentos para la protección de bienes que se consideran valiosos; (T2) la justificación de los deberes generales positivos es la misma que la de los negativos: la protección de los bienes primarios, o de las necesidades básicas, de los seres humanos; (T3) la justificación moral de los deberes positivos generales en las relaciones interpersonales implica, en el plano de las instituciones, que el único Estado que puede aspirar a ser legítimo es el Estado social de Derecho» (ATIENZA, 1993: 23 y 24). Si no me equivoco, estas «tesis» son metaéticas tan sólo en el sentido de que no son directivas, ni principios ni reglas, pero no lo son en el sentido de externas al discurso de la ética normativa.

En segundo lugar, aunque la prioridad de GARZÓN VALDÉS sea refutar a quienes niegan que sea exigible ni siquiera un «sacrificio trivial» para ayudar a remediar la pobreza absoluta, lo cierto es que su pretensión parece ser también la de que este «sacrificio trivial» es todo lo exigible desde el punto de vista ético. Creo que tiene razón BAYÓN cuando critica que se trata de una tesis que requeriría de mayores aclaraciones y con un déficit de argumentación. La insistencia de GARZÓN VALDÉS en el carácter divisible de las obligaciones de ayuda y su inserción en un esquema de coordinación de esfuerzos sugiere, en la línea de las preferencias de LAPORTA, que la cuestión de ética individual sobre el alcance de la responsabilidad personal ante la pobreza absoluta debe transformarse en una cuestión diferente de «moralidad política»: por ejemplo, los intentos de globalizar la teoría de la justicia al objeto de producir diseños institucionales globales que remedien la pobreza (TURÉGANO, 2010). GARZÓN VALDÉS parece abogar por una profundización del Estado social también hacia fuera. Pero lo cierto es que, como el mismo GARZÓN VALDÉS señala en contestación a LAPORTA, su tema es la responsabilidad moral individual, que es una cuestión previa a si el Estado o las instituciones deben asegurar el cumplimiento de tales deberes (GARZÓN VALDÉS, 1986: 68).

A mi juicio, la propuesta de exigir una contribución a cualquiera que esté en condiciones de ayudar hasta el límite de un sacrificio trivial resulta similar al estándar

---

[16] Para apoyar este punto, DWORKIN recurre a una ilustración directamente relacionada con el problema que nos ocupa: «Jack está sufriendo mucho y para ti sería fácil ayudarlo. En consecuencia, por esa sola razón, tienes el deber moral de prestarle ayuda». Si este, tal y como se presenta —continúa DWORKIN—, es un buen argumento, debe intervenir entonces algún principio acerca de qué hace bueno a un argumento. ¿Cuál es ese principio? No puede ser ninguna forma de inducción o generalización, porque estas supondrían que uno ha tenido un deber moral en el pasado, y eso es un supuesto moral. No puede ser un principio de deducción o vinculación semántica. Hace falta otra cosa, y esa otra cosa debe ser algo —una premisa oculta o un supuesto sobre la naturaleza del buen razonamiento moral— que esté imbuido de fuerza moral. Sí, el hecho de que alguien frente a nosotros muestre a las claras que está sufriendo mucho parece ser por sí solo una razón por la cual, de poder, deberíamos ayudarlo. No hace falta decir nada más. Pero supongo que pensamos eso porque aceptamos naturalmente, como algo que huelga decir, una responsabilidad general de ayudar a las personas en grave necesidad cuando nos resulta fácil hacerlo» (DWORKIN, 2014: 65 y 66).

público o sensato de SINGER; se trata de un principio organizativo que quizás merece la pena defender públicamente como fundamento de una norma jurídica. Sin embargo, como principio moral asumido en primera persona, en el balance de razones sobre cómo debo vivir para asumir mi responsabilidad moral, resulta opaco. ¿Por qué no debo hacer algo más que un sacrificio trivial para ayudar a los que lo necesitan? En mi opinión, DWORKIN aborda mejor el problema al situarlo en primer lugar en el ámbito de lo que él denomina ética. La pregunta por mis responsabilidades con los otros no se debe separar de la pregunta sobre la responsabilidad hacia uno mismo, sobre qué es necesario para vivir bien, cuál es la concepción de la dignidad humana que vamos a asumir autónomamente y que servirá para determinar nuestros propios parámetros de una vida bien vivida.

Por último, quisiera destacar que cuando GARZÓN VALDÉS reconsidera, al hilo de los comentarios críticos de LAPORTA, la vinculación entre responsabilidad causal y responsabilidad moral, dice lo siguiente: «quien participa en una elección o no arroja basura al río lo hace distanciándose de sus propios intereses y siguiendo su propia convicción moral de lo que es correcto. Asume en este sentido su "responsabilidad moral" y por ello es posible formular un reproche moral a quien no actúa de esta forma, *sin que importe la relevancia fáctica de su acto*»[17] (GARZÓN VALDÉS, 1986b: 68). Si interpreto correctamente este último inciso, GARZÓN VALDÉS apela al carácter prioritario de la buena voluntad, en sentido kantiano, sobre las consecuencias, pero igualmente apela en otro momento, como hemos visto, a una concepción pragmatista de la ética en la que los deberes son instrumentos al servicio de los valores, algo que se aleja del rigorismo y absolutismo kantiano. A mi juicio, la tensión que se aprecia aquí tiene que ver con que el principio moral de los deberes positivos generales parece ser derivación de un principio más básico que le sirve de fundamento. Siendo el primero un principio en cierta medida condicionado y el segundo un principio en sentido kantiano incondicionado o absoluto. Vistas así las cosas, el que el sacrificio exigido sea trivial (dejando a un lado el problema de indeterminación de «trivial») es ya una concreción o especificación de ese principio más profundo a la luz de ciertas circunstancias: en particular, el que la obligación sea divisible y exista la suficiente coordinación de esfuerzos al respecto. El problema está en que tal principio condicionado no puede aplicarse si no se dan las condiciones de aplicación: si no hay una estructura organizativa que coordine el cumplimiento de las obligaciones (divisibles), entonces deberíamos acudir a otro principio para determinar nuestras obligaciones.

5. CONCLUSIONES

Tratando de integrar la noción de «mala suerte moral» en su concepción de los dos ideales de vida: vivir bien y tener una buena vida, DWORKIN sostiene que podemos sentir remordimientos que no siguen a la culpa, que no se originan en un defecto del ideal de vivir bien, sino que tienen su origen en injusticias de las que no somos responsables pero que limitan o arruinan el disfrute de una buena vida (DWORKIN, 2011: 201 y 202). Creo que la situación de injusticia global en la que vivimos, de la cual el hambre y la

[17] La cursiva es mía.

pobreza absoluta son la manifestación más cruda, constituye para todos, no sólo para los desfavorecidos, una «mala suerte moral» que deja fuera de nuestro alcance el poder disfrutar plenamente de una «buena vida» en armonía con un ideal de «vivir bien». En otro lugar he defendido el derecho a un mundo justo, un derecho frente al Estado a que se promuevan las condiciones en las que sea posible cumplir con nuestros deberes positivos generales con eficacia, un derecho en última instancia a vivir en un mundo sin pobreza (ALEMANY, 2012: 71). Pero la realidad es que estamos muy lejos, y es dudoso siquiera si andamos en la dirección correcta, de que se generen las condiciones para un mundo justo. En conclusión, la mala conciencia de los que Peter SINGER llama «ricos absolutos» y que nos empuja, con buena voluntad, a tratar de buscar una respuesta en la filosofía moral sobre nuestra responsabilidad moral frente a la pobreza, no puede (no debe) desaparecer del todo, por más que tratemos de ser íntegros y cumplir con las obligaciones que nos parezcan justificadas.

La distinción entre actos obligatorios y actos supererogatorios es más clara cuando se refiere a las relaciones interpersonales, como fundamento de una distinción entre moral pública y privada, que cuando juega en una deliberación en primera persona sobre cómo debemos comportarnos. La mayoría de las personas que se comprometen radicalmente en la ayuda a los necesitados suelen afirmar que hacen lo que creen que es su deber, igualmente quienes arriesgan su vida valientemente para salvar la de un desconocido. Habrá quien piense que se trata sólo de una forma de hablar modesta, o de falsa modestia, pero, en mi opinión, se pone de manifiesto esa integración recíproca entre la ética y la moral que defiende DWORKIN. Si soy el tipo de persona que no se arredra ante un desafío o que no permite una injusticia, asumo una obligación ética, frente a mi mismo, que genera una obligación moral frente a los otros. En el trasfondo de todo hay un objetivismo de los valores porque no valoro tal forma de ser porque la quiero, sino que la quiero porque la valoro.

DWORKIN señala que tenemos derecho a luchar por obtener una buena vida, pero respetando ciertos límites esenciales para la dignidad humana, la prioridad que se nos concede para determinar qué tipo de persona queremos ser y comprometernos con un plan de vida y un estilo o un carácter determinados no puede implicar una actitud de falta de respeto, un insulto, a la dignidad de los otros. Este principio me parece compatible con los de SINGER, tanto en su versión estricta como en la pública, y el de GARZÓN VALDÉS. Es compatible con el de SINGER en su versión más estricta porque podemos pensar que los principios éticos de auto-respeto y autenticidad son de una importancia moral comparable al daño que no evitamos por ser fieles al proyecto de vida que hemos escogido. Es compatible con la versión pública de SINGER o el principio del sacrificio trivial de GARZÓN VALDÉS porque es casi seguro que compartir una pequeña parte de nuestra riqueza (irrelevante, en definitiva, para el bienestar) no compromete el debido auto-respeto, a salvo que nuestro plan de vida sea en sí mismo un insulto a la dignidad de los otros. Pero el planteamiento de DWORKIN me parece más profundo y fecundo: utilizando una expresión de SINGER, tiene capacidad de operar como un círculo en expansión.

En primer lugar, DWORKIN nos aporta una interpretación moral del problema de la particularización y de la proximidad (aplicando su «principio de HUME» al discurso moral), que permite integrar algunas intuiciones muy fuertes sin recaer en una confu-

sión entre moral crítica y moral social. Cuanto más particularizada y próxima está la víctima, nuestra negativa a ayudar es más expresiva del desprecio por la vida de los otros. Del mismo modo ocurre cuando el contraste entre el costo de ayudar y el beneficio de la ayuda es muy grande.

En segundo lugar, el principio de DWORKIN es holístico, no se trata sólo de cumplir una determinada prestación, sino también de definir cierto estilo de vida o carácter. Tanto en la propuesta «sensata» de SINGER como en el sacrificio trivial de GARZÓN VALDÉS se toma la contribución económica como modelo del tipo de obligación que hay que satisfacer. No cabe duda de que es importante. Sin embargo, no creo que sea el modelo. De un lado, en las últimas décadas se ha desarrollado un ingente cuerpo de conocimiento sobre las causas de la pobreza y las vías para remediarla. Como ha puesto de manifiesto Amartya SEN entre otros muchos, la libertad de prensa o la democracia son igualmente salvaguardas contra la pobreza (2000). En el mundo contemporáneo, es una ingenuidad contribuir con dinero a una organización de ayuda y al tiempo desentenderse del modo en que se hacen rentables los ahorros; o prestar ayuda a una organización que protege a la infancia al tiempo que se consumen los productos de una empresa que explota a los niños.

En general, el excesivo énfasis en la cuestión de los deberes u obligaciones concretas oscurece otros aspectos importantes de la cuestión, en particular, lo referido a la noción de virtud y su vinculación con los valores morales. La ética de la virtud no se opone a la ética de las normas o de las consecuencias. En realidad, importan las normas, las consecuencias y también el carácter moral de los individuos. Desde el punto de vista dworkiniano, hay acciones cuyo valor no está ni en las consecuencias previsibles de la misma para otros, ni en que constituyan el cumplimiento de una obligación, sino en cómo contribuyen a conformar un carácter moralmente valioso para la persona que las realiza. Por ejemplo, la vieja costumbre doméstica, quizás en desuso, de comer todo lo que se sirve en la mesa por no tirar la comida, puede que no resista el escrutinio de una ética deontológica o utilitarista, pero es perfectamente comprensible en términos de una ética de la virtud: no se trata tanto de hacer algo determinado como de ser de cierta manera.

Pensemos en la virtud de la austeridad. Desde luego, dado que los recursos son limitados, es necesario señalar un conjunto de obligaciones sobre el uso correcto de dichos recursos, ya sea a partir de consideraciones basadas en el derecho de los otros, asumiendo un punto de vista imparcial, o desde consideraciones basadas en las mejores consecuencias para todos. Pero el asunto de ser austero no se reduce a cumplir con esas obligaciones, porque se orienta a conformar nuestro carácter y nuestros deseos a lo correcto, de manera que dichas obligaciones pasen a formar parte de lo que verdaderamente queremos hacer. No creo que el problema de la pobreza absoluta tenga una solución permanente mientras exista lo que me atrevo a llamar el problema de la «riqueza obscena», la cual constituye un claro insulto a la dignidad de los otros. Me parece que mientras los ciudadanos de los países desarrollados vivamos como derrochadores, tomemos como modelos de éxito social a los ricos, nos reconozcamos fundamentalmente como consumidores, etc., será muy difícil un cambio significativo. En este sentido, más allá de si nuestras acciones particulares tienen o no un efecto relevante en el mundo, de si las mismas son suficientes o deben compensar las faltas de los

otros, hacemos lo correcto toda vez que tratamos de contaminar menos, de no hacer gastos superfluos, de no acumular riquezas innecesarias, etcétera.

Igualmente, tenemos la virtud de la integridad. De acuerdo con la misma, debemos tener la disposición a hacer lo que creemos correcto a pesar de que ello suponga algún sacrificio. Desde luego, la integridad es mucho más fácil si nos conformamos con menos, si somos austeros. Las virtudes se refuerzan unas a otras. Sabemos mucho sobre cómo prevenir el hambre. Sabemos, por ejemplo, que la emancipación de la mujer juega un papel decisivo. Por ello, no podemos prestar apoyo a organizaciones, ideologías o prácticas machistas. Sabemos que el que haya medios de planificación familiar al alcance de las mujeres es igualmente decisivo para prevenir la pobreza. De nuevo, debemos defender públicamente los derechos a la libertad reproductiva y mostrar nuestro rechazo a quienes quieren limitar dicha libertad, poniendo a las mujeres entre la espada y la pared de la abstención sexual o la reproducción. Igualmente, los compromisos con la democracia, la libertad de prensa, la independencia judicial, etc., son fundamentales si es que queremos ser íntegros con respecto a la convicción de que la pobreza absoluta es un mal y ello con relativa independencia de si nuestro compromiso particular hace la diferencia. Por último, si queremos ser justos, tal y como sostienen los defensores del cosmopolitismo, deberíamos estar dispuestos a renunciar como sociedad a nuestro poder para imponer en los organismos internacionales los arreglos que más nos interesan, en detrimento de arreglos equitativos aunque no sean los mejores para nosotros. No debemos pensar que el mejor gobierno es el que saca lo máximo para nosotros, sino el que saca lo máximo siendo justos. La virtud de la integridad impone, en ocasiones, límites a la realización de nuestros deseos, pero, como ya se ha dicho, esos límites pueden resultar menos gravosos si somos austeros.

Para ARISTÓTELES la ética es fundamentalmente una ética de las virtudes. Desde su punto de vista, la virtud es una disposición del carácter a actuar de cierta manera, que se sitúa entre dos extremos inadecuados: por ejemplo, el valiente es quien tiene la disposición de actuar con valentía, la cual es un término medio entre la cobardía y la temeridad. Ser valiente es compatible con no serlo en alguna concreta y excepcional circunstancia y no hay un límite preciso entre serlo y no serlo, ya sea por cobarde o ya sea por temerario. Podemos señalar modelos de personas valientes más que un código de obligaciones de arrojo. Por eso en el mundo clásico los modelos eran tan importantes y la emulación era el método principal de perfeccionamiento moral. En la sociedad contemporánea, el mercado no va a dejar que nadie se convierta en un modelo universal ejemplificando la austeridad. Los modelos globales venden algo, en general formas de vida opulentas. Pero la realidad es muy compleja y hay muchos ejemplos a seguir, aunque haya que tener cierta disposición de ánimo para encontrarlos. La vida de quienes se comprometen totalmente con los más necesitados no tiene que ser necesariamente una «acusación», sino que puede constituir un modelo para el arduo trabajo de la construcción de una ética personal, de un modo de vivir bien.

En tercer lugar, al integrar las nociones éticas y morales en la idea de «vivir bien», podemos ver con más claridad que, en muchas ocasiones, el incumplimiento de nuestros compromisos con los demás tiene las mismas fuentes que el incumplimiento de los compromisos con nosotros mismos. La debilidad de la voluntad opera en ambas direcciones. Pues bien, las mismas herramientas que utilizamos para superar nuestra

debilidad de voluntad en relación con nosotros mismos pueden ser utilizadas en relación con nuestras obligaciones de ayuda. Por ejemplo, del mismo modo que suscribo un plan de pensiones que me obliga a ahorrar para mi vejez, es más seguro que cumpliré mejor mis obligaciones con los otros si, en lugar de hacer donaciones de dinero puntuales, comprometo una cantidad fija mensual con una organización de cooperación. Sabemos, además, que una vez tomada la decisión de contribuir con una cuota periódica raramente se modifica.

En último lugar, quisiera referirme a la cuestión de la felicidad personal frente a la calamidad de la pobreza. DWORKIN no sostiene algo tan poco plausible como que hacer lo correcto contribuya siempre a tener una vida mejor (como valor producto) y, a la inversa, tampoco sostiene el ingenuo punto de vista de que hacer lo incorrecto vaya a empeorar necesariamente la vida que disfrutamos. Sin embargo, creo que tiene razón cuando sostiene que es un error concebir la moral como un obstáculo para lograr una buena vida. Por ello creo que es muy importante reivindicar el viejo derecho a buscar la propia felicidad y esa integración coherente entre la ética y la moral. Una vez que tomamos conciencia de que la responsabilidad hacia nuestra propia vida implica integrar los dos ideales, el ético y el moral, ello no nos pone necesariamente en una situación de desventaja frente a los que viven ignorando el sufrimiento ajeno: en la medida en que consigamos una mayor coherencia entre nuestra concepción de lo que es vivir bien y nuestra concepción de una buena vida, tendremos más posibilidades de alcanzar una felicidad profunda y estable. Paradójicamente ha sido Peter SINGER quien más ha insistido en los últimos tiempos en este punto: el altruismo no se opone a la felicidad individual. A su juicio, es necesario desarrollar una «cultura de la donación» que contrarreste la dominante cultura del consumo. De nuevo conforme a la tradición clásica, dicha cultura de la donación sólo puede extenderse a partir de la emulación, por lo cual su proyecto «*The live you can save*» se basa en compartir las experiencias de ayuda. Lamentablemente, los modelos que genera la sociedad de consumo son casi exclusivamente modelos de «buena vida». La denominada cultura del éxito no es más que la cultura de la vida como valor producto en detrimento de la cultura de la vida como valor actuación.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M., 2012a: «Una nota sobre la responsabilidad moral individual frente a la calamidad del hambre», *Obets. Revista de Ciencias Sociales,* vol. 7, núm. 1, 15-29.

— 2012b: «El derecho a un mundo justo. Hambre, responsabilidad de los Estados y globalización», en M. ALEMANY (ed.), *La calamidad del hambre*, Lima: Palestra.

ATIENZA, M., 1993: «La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 21-32.

— 2013: *Curso de argumentación jurídica,* Madrid: Trotta.

BAYÓN, J. C., 1986: «Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites. Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 3, 35-54.

DWORKIN, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press.

FISHKIN, J., 1982: *The Limits of Obligation*, New Haven: Yale University Press.

FLETCHER, J., 1976: «Feeding the Hungry: An Ethical Appraisal», en G. LUCAS (ed.), *Lifeboat Ethics*m New York.

GARZÓN VALDÉS, E., 1986: «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 3, 17-34.

GARZÓN VALDÉS, E., 1986b: «Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 3, 65-68.

— 1993: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 401-415.

— 2012: «Algunas reflexiones sobre el problema de la desnutrición desde el punto de vista de la bioética», en M. ALEMANY (ed.), *La calamidad del hambre*, Lima: Palestra.

GLOVER, J., 1977: *Causing Death and Saving Lives*, London.

HARDIN, G., 1976: «Carrying Capacity as an Ethical Concept», en G. LUCAS (ed.), *Lifeboat Ethics*, New York.

HONDERICH, T., 1980: *Violence for Equality*, Suffolk.

LAPORTA, F., 1986: «Algunos problemas de los deberes positivos generales. Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 3, 55-63.

MURPHY, J., 1979: *Retribution, Justice and Therapy*, London.

NAGEL, Th., 2006: *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Barcelona: Paidós.

RAZ, J., 1991: *Razón práctica y normas,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SINGER, P., 1972: «Famine, Affluence and Morality», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, 3, 229-243.

— 1981: *The Expanding Circle*, New Jersey: Princeton University Press.

— 1995: *Ética práctica*, Cambridge: Cambridge University Press.

— 2012: *Salvar una vida. Cómo terminar con la pobreza*, Madrid: Clave Intelectual.

SLOVIC, P., 2007: «If I look at the mass I will never act: Psychic numbing and genocide», *Judgement and Decision Making*, 2:2, 79-95.

THALER, R., y SUNSTEIN, C., 2009: *Un pequeño empujón (Nudge)*, Taurus: Madrid.

TRAMMELL, R., 1975: «Saving Life and taking life», *Journal of philosophy*, 22.

TURÉGANO, I., 2010: *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Lima: Palestra.

WELLMAN, C., 1982: *Welfare Rights*, Totowa: New Jersey.

EL IGUALITARISMO DE LA SUERTE*

Jahel Queralt Lange
Universidad de Zurich

RESUMEN. El igualitarismo de la suerte comprende un conjunto de concepciones liberal igualitarias de la justicia que consideran justas aquellas desigualdades originadas por las elecciones voluntarias de los individuos e injustas las que son fruto de la suerte. Este trabajo analiza los aspectos básicos de esta posición y las principales controversias que ha generado. La sección primera introduce el contexto y motivación que dan lugar a las concepciones igualitaristas de la suerte. La sección segunda plantea tres formas de reconstruir el debate entre los igualitaristas de la suerte y Rawls. La sección tercera examina el núcleo duro del igualitarismo de la suerte, a saber: *(i)* la idea de responsabilidad; *(ii)* la distinción entre suerte bruta y suerte opcional; *(iii)* la cuestión de la métrica. La sección cuarta analiza las dos principales objeciones que ha recibido este enfoque. Finalmente, la sección quinta concluye evaluando el lugar del igualitarismo de la suerte en el debate contemporáneo sobre la justicia distributiva.

Palabras clave: Igualitarismo de la suerte, liberalismo igualitario, responsabilidad, justicia distributiva.

Luck Egalitarianism

ABSTRACT. Luck egalitarianism is a family of liberal egalitarian conceptions of justice according to which inequalities that are due to voluntary choice are just whereas those that are due to luck are unjust. This article examines the basic aspects of this position and the main controversies it has created. The first section introduces the context and motivation that lead to the formulation of luck egalitarian conceptions. The second section sketches three ways of reconstructing the debate between luck egalitarians and Rawls. The third section examines the main ideas at the core of luck egalitarianism, namely: *(i)* the idea of responsibility; *(ii)* the distinction between brute and option luck; *(iii)* the issue of the currency. The fourth section analyses the two main criticisms leveled against this approach. Finally, the fifth section concludes by assessing the place of luck egalitarianism in the contemporary debate about distributive justice.

Keywords: Luck egalitarianism, liberal egalitarianism, responsibility, distributive justice.

* Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2014.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años estamos asistiendo a un desmantelamiento del Estado del bienestar acompañado de una retórica marcadamente individualista que pone énfasis en las elecciones, el esfuerzo y el estilo de vida como factores que justifican la posición social de los individuos. Este discurso tiende a ser utilizado para socavar la legitimidad de las políticas distributivas mediante dos argumentos. El primero sostiene que muchos subsidios no tienen suficientemente en cuenta la responsabilidad individual ya que no discriminan entre quienes se encuentran en una situación de desventaja como consecuencia de sus propias decisiones y quienes, desafortunadamente, no han podido evitar estar en desventaja. Dicho en breve, hay pobres que han elegido serlo y, por tanto, no es justo que los demás tengan que hacerse cargo de su miseria.[1] El segundo argumento señala que las políticas bienestaristas generan incentivos perversos. Por un lado, crean una clase de individuos dependientes que prefieren beneficiarse de los subsidios del Estado antes que buscarse un trabajo. Por otro lado, penalizan a los más trabajadores y emprendedores que ven cómo el Estado les arrebata parte de lo que han amasado con esfuerzo y sacrificio para transferírselo a quienes han malgastado las oportunidades que ellos han sabido aprovechar.

En el terreno político, el énfasis en la importancia de la responsabilidad individual ha sido «el arma más poderosa en el arsenal de la derecha antiigualitaria» (COHEN, 1989: 933). El discurso ha calado. Quienes consideran que la posición social de un sujeto depende, en su mayor parte, de su voluntad de trabajar duro tienden a adoptar una posición contraria a las políticas distributivas (ALESINA, GLAESER y SACERDOTE, 2001). El éxito de la derecha en inculcar la idea de que la responsabilidad menoscaba la igualdad supone una mala noticia para el igualitarismo dado el arraigo de las nociones de «elección», «responsabilidad» y «esfuerzo» en nuestras intuiciones ordinarias sobre lo que es justo (MILLER, 1992; SCHEFFLER, 1992; SWIFT, 1999). Una concepción de la justicia que ignore el sentido común de aquellos a quienes gobierna tendrá serios problemas para obtener su apoyo moral (SWIFT, 2002). Éste es el punto de partida de liberales igualitarios, como Ronald DWORKIN, Richard ARNESON, G. A. COHEN, John ROEMER, Shlomi SEGALL, o Kok-Chor TAN, que se proponen mostrar cómo, bien entendida, la idea de responsabilidad nos lleva a adoptar programas distributivos más generosos y no, como sostiene la derecha, a recortar los que existen.

Estos liberales defienden que debemos igualar las circunstancias de los individuos para que su posición social sólo refleje, en la medida de lo posible, sus decisiones voluntarias. Para ilustrar su posición imaginemos el siguiente caso. Juan y Ana son dos licenciados en derecho similarmente motivados y dotados a punto de elegir su primer trabajo. Ana se inclina por el derecho penal económico mientras que Juan opta por el turno de oficio. Al cabo de unos años Ana es rica, mientras que Juan tiene una renta media. La desigualdad que se da entre ambos no debe preocuparnos porque refleja,

[1] La percepción de la pobreza como una elección personal es predominante en Estados Unidos donde un 60 por 100 de la población piensa que los pobres son vagos. La misma idea es compartida por un 26 por 100 de los europeos. *Vid.* ALESINA, GLAESER y SACERDOTE (2001).

simplemente, una diferencia en sus preferencias ocupacionales. Si Juan no está trabajando en un gran despacho es porque considera que sus talentos están mejor invertidos ayudando a quienes tienen medios escasos. Comparemos a estos dos individuos con Rosa, una estudiante brillante que carece de los recursos económicos necesarios para ir a la universidad, y Luis, que tiene más bien poco talento y decide ser barrendero. Rosa y Luis se encuentran mucho peor que Ana. Es cierto que ambos optan por trabajar en una posición menos remunerada pero, a diferencia de lo que ocurre en la comparación con Juan, no podemos afirmar que la desigualdad que existe entre ellos y Ana les es imputable. En sus casos hay circunstancias que influyen decisivamente en su posición social que son ajenas a su voluntad. Si queremos que la distribución de la riqueza refleje la responsabilidad individual, debemos corregir el impacto de esas circunstancias en sus vidas. La noción de «responsabilidad» tiene implicaciones distributivas que la derecha antiigualitaria ignora y, en este sentido, puede convertirse en el caballo de Troya del igualitarismo.

Los intentos por incorporar la noción de responsabilidad individual en el seno de la justicia igualitaria han dado lugar a una corriente dentro del liberalismo igualitario que ha sido bautizada como igualitarismo de la suerte[2] (*luck egalitarianism*) en referencia al objetivo de igualar el impacto de las circunstancias arbitrarias, la suerte, en la vida de los individuos[3]. Más allá de la intuición de que las desigualdades sólo son justas si reflejan la responsabilidad individual, los igualitaristas de la suerte comparten poco. Discrepan sobre cuál debe ser la métrica de la justicia, sobre cómo debemos entender la noción de responsabilidad individual e incluso sobre la idea de justicia. Estos desacuerdos no impiden que en la discusión actual sobre la justicia distributiva se hable del igualitarismo de la suerte como un enfoque de la justicia —más concretamente, como una forma de expresar las exigencias del liberalismo igualitario—. En este trabajo me propongo analizar los elementos esenciales de este enfoque sin entrar a valorar sus distintas versiones concretas. La exposición está dividida en tres partes. La siguiente sección presenta tres maneras de reconstruir la posición del igualitarismo de la suerte respecto la justicia como equidad, la concepción de la justicia de John RAWLS. La sección tercera introduce aspectos básicos del igualitarismo de la suerte. La sección cuarta evalúa, brevemente, dos de las principales críticas que ha recibido este enfoque y posibles respuestas. Finalmente, la sección quinta concluye haciendo una valoración general del lugar del igualitarismo de la suerte en la discusión contemporánea sobre la justicia distributiva.

---

[2] Defensas del igualitarismo de la suerte pueden encontrarse los trabajos de ARNESON (1989; 1999a: 1999b; 2000; 2004; 2008), G. A. COHEN (1989; 1993; 2004; 2006), DWORKIN (1981a; 1981b; 2000; 2002; 2004; 2006), LIPPERT-RASMUSSEN (2001), NAGEL (1991), RAKOWSKI (1991), ROEMER (1985; 1993; 1996; 1998), TEMKIN (1993), VALLENTYNE (2002), VAN PARIJS (1995).

[3] Este término fue acuñado por E. ANDERSON en su famoso ensayo «What is the point of Equality?» (ANDERSON, 1999). A pesar de la popularidad que ha alcanzado este término en los debates sobre justicia distributiva, su uso puede ser criticado por dos razones que veremos en la sección 3.2. La primera es que el igualitarismo de la suerte no está interesado en neutralizar cualquier impacto del azar en la vida de las personas. La segunda es que, en este contexto, el concepto «suerte» es definido a partir del concepto «responsabilidad». (HURLEY, 2003: 107). Por esta razón, hay quien considera que *igualitarismo sensible a la responsabilidad* es un nombre más adecuado para esta corriente (KNIGHT y STEMPLOWSKA, 2011).

2. RAWLS Y EL IGUALITARISMO DE LA SUERTE: TRES RECONSTRUCCIONES DEL DEBATE

Al igual que muchos otros debates en la filosofía política analítica, la discusión sobre el lugar de la responsabilidad individual en el liberalismo igualitario tiene su origen en el trabajo de John RAWLS. En *A Theory of Justice* (RAWLS, 1971), RAWLS defiende una concepción de la justicia, la igualdad democrática, motivado, en gran parte, por la intuición de que ciertas circunstancias que afectan a los individuos, como sus talentos o su familia de origen, generan posiciones de ventaja y desventaja que son moralmente arbitrarias e incompatibles con el igual valor moral de las personas. Su propuesta para atajar estas desigualdades consiste en un doble criterio, la justa igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia, que frena el impacto de diferentes tipos de circunstancias en distinto grado[4]. La justa igualdad de oportunidades neutraliza la lotería social —las circunstancias económicas y sociales en las que nace alguien— asegurando que los individuos con motivación y talentos similares tengan las mismas expectativas económicas. El principio de la diferencia mitiga las consecuencias de la lotería natural ——la distribución natural de talentos— prohibiendo que los más talentosos obtengan beneficios adicionales si ello no contribuye a mejorar la posición de quienes están peor situados económicamente[5].

Los igualitaristas de la suerte aplauden la motivación de RAWLS pero consideran que su solución es inadecuada por razones que tienen que ver con el estándar de comparaciones interpersonales utilizado por el principio de la diferencia que identifica como los miembros peor situados de una sociedad a los sujetos cuyo nivel de renta y riqueza es inferior a la mitad de la renta media de los miembros de esa sociedad. Este criterio plantea dos dificultades. Primera, no permite capturar desventajas en dimensiones distintas al bienestar económico, como, por ejemplo, la salud, y de ahí que la igualdad democrática no pueda corregirlas. Segunda, no es capaz de discriminar entre quienes se han colocado voluntariamente en una situación precaria y quienes la padecen por circunstancias desafortunadas, ya que no indaga en el origen de las desventajas de cada sujeto. El principio de la diferencia no prevé una compensación para quienes tienen una enfermedad o discapacidad grave y sí, en cambio, para alguien sano que está en una situación precaria porque decide permanecer ocioso. Las distribuciones que produce este criterio son pues, muy sensibles a las circunstancias de los individuos —concretamente a las dotaciones— y poco sensibles a sus elecciones[6]. Los igualitaristas de la suerte rechazan estas dos implicaciones y se proponen formular un criterio que las evite.

---

[4] Estos dos principios integran el segundo principio de la justicia que es el que regula las desigualdades sociales y económicas. Dicho principio está subordinado al cumplimiento del principio de la igual libertad, el primer principio de la justicia, que asegura un conjunto igual de derechos y libertades básicas.

[5] El uso de los verbos *neutralizar* y *mitigar* pretende capturar una diferencia fundamental entre los dos principios. Mientras que la justa igualdad de oportunidades pretende *eliminar* las desigualdades de origen social entre sujetos con talento y motivación similar, el principio de la diferencia se limita a restringir las desigualdades causadas por las diferencias en talentos y preferencias ocupacionales, pero las tolera. Esta diferencia de trato ha sido objeto de algunas críticas. *Vid.* POGGE, 1989; y CLAYTON, 2001.

[6] A raíz de esta crítica, RAWLS formula una enmienda a su concepción que le permite abordar algunos supuestos de enfermedad y discapacidad pero que, como él mismo reconoce, deja sin solución los supuestos más graves (RAWLS, 1993: 21; 2001: 175-176).

Desde un punto de vista cronológico, el igualitarismo de la suerte sigue a la concepción rawlsiana, surge como reacción a ella. No obstante, la relación entre ambas concepciones es más compleja y admite tres reconstrucciones posibles. La primera ve el igualitarismo de la suerte como una superación de la propuesta rawlsiana en el sentido que honra mejora la intuición fundamental que subyace a la misma *(i).* La segunda presenta el igualitarismo de la suerte y la justicia como equidad como concepciones alternativas comprometidas con dos versiones incompatibles de la idea de la igualdad de oportunidades *(ii)*. La tercera lectura ve estas dos concepciones como teorías que operan en dos niveles distintos y que, según como sean interpretadas, pueden ser compatibles *(iii)*. En este artículo, de carácter más bien introductorio, me limitaré a exponer estas tres posibles interpretaciones del debate sin entrar a discutir los problemas que tiene cada una de ellas.

(i) En su lectura del liberalismo igualitario, Will KYMLICKA defiende que el igualitarismo de la suerte —en su versión dworkiniana— refina la justicia como equidad (KYMLICKA, 2002: 87). Aunque los principios rawlsianos no otorgan a la responsabilidad individual un lugar central, KYMLICKA sostiene que RAWLS está comprometido con la idea de que la justicia debe ser sensible a la responsabilidad pero es DWORKIN —y posteriormente otros igualitaristas de la suerte— quienes logran formular un criterio de justicia que la honra adecuadamente.

KYMLICKA infiere el compromiso de RAWLS de varios argumentos que éste ofrece en defensa de la igualdad democrática. Uno de estos argumentos es la respuesta de RAWLS a la objeción según la cual la igualación de bienes primarios —básicamente derechos y libertades básicas— que exige la igualdad democrática generará desigualdades importantes en el bienestar de los individuos ya que, dada la variedad de fines y preferencias individuales, no todo el mundo valorará su paquete de bienes primarios de la misma manera. RAWLS mantiene que, desde el punto de vista de la justicia, estas desigualdades no deben ser consideradas problemáticas ya que «los ciudadanos, como personas morales, intervienen en alguna parte de la formación y el cultivo de sus fines y preferencias últimos» (RAWLS, 1999: 363). Tratar de igualar el bienestar de los individuos implica no hacerles responsables por el coste de satisfacer sus preferencias, lo cual «parece presuponer que las preferencias de los ciudadanos escapan de su control, como si fueran propensiones o antojos que simplemente suceden» (*ibid.*). Esta imagen de sujetos «portadores pasivos de sus deseos» (*ibid.*) no encaja con el ideal de persona como individuo autónomo que está en el centro de cualquier concepción liberal de la justicia. A partir de este pasaje y otros similares KYMLICKA concluye que RAWLS es un protoigualitarista de la suerte. Esta interpretación ha tenido bastante éxito pero tiene un corolario que a muchos les parece poco plausible y es que la igualdad democrática es una concepción fallida. RAWLS ha errado en formular unos principios fieles a sus propias intuiciones[7].

(ii) Otra manera de relacionar el igualitarismo de la suerte con la igualdad democrática consiste en verlos como propuestas alternativas. El igualitarismo de la suerte propone expandir el alcance y el contenido de la interpretación que hace RAWLS de la

[7] La interpretación de la concepción rawlsiana como el embrión del igualitarismo de la suerte es muy discutida. *Vid.* FREEMAN, 2007; HURLEY, 2003; MANDLE, 2009; ROEMER, 1996; y SCHEFFLER, 2003.

igualdad de oportunidades. La justa igualdad de oportunidades rawlsiana pretende evitar las desigualdades en las expectativas socioeconómicas de los individuos causadas por su origen social. Exige prohibir la discriminación formal y adoptar medidas positivas, como la educación pública de calidad, para igualar las expectativas de los sujetos similarmente dotados y motivados. Para RAWLS, este ideal encargado de corregir las desventajas sociales es una parte de un criterio de la justicia más complejo que incorpora otros dos principios.

La propuesta de los igualitaristas de la suerte puede ser vista como una concepción radical de la igualdad de oportunidades. A su modo de ver, las oportunidades de los individuos sólo están igualadas cuando el impacto de las circunstancias moralmente arbitrarias que afectan sus vidas —e. g. su socialización primaria, su herencia genética, etc.— es corregido de modo que la posición social de cada uno la determinan, únicamente, las decisiones que él mismo toma sobre su vida (MASON, 2006; SWIFT, 2006: 101). Esta concepción es más ambiciosa que la de RAWLS en dos aspectos. Primero, su contenido es más exigente ya que requiere igualar las expectativas de sujetos similarmente motivados aunque su nivel de talentos sea distinto[8]. Segundo, su alcance es más amplio puesto que es planteada como el único criterio de justicia.

(iii) Finalmente, una tercera lectura sitúa el igualitarismo de la suerte en un plano distinto al de la igualdad democrática. Según esta interpretación los principios rawlsianos son principios de políticas públicas (TOMLIN, 2012) o reglas de regulación (COHEN, 2008) que indican cómo las instituciones deben distribuir las cargas y beneficios sociales. El igualitarismo de la suerte, en cambio, expresa un principio fundamental de justicia que ofrece un criterio para juzgar resultados distributivos. Dicho criterio, por si sólo, no sirve para guiar el funcionamiento de las instituciones ya que, además de la justicia, nuestras decisiones distributivas deben tener en cuenta otros valores —como la eficiencia o la publicidad—. Quienes defienden esta interpretación tienen una idea puramente evaluativa de la justicia que resulta cuanto menos controvertida. Consideran que una concepción de la justicia debe expresar cómo debería ser idealmente la distribución de ventajas y desventajas sin que su contenido esté condicionado por las posibilidades prácticas de lograr dicha distribución —e. g. dificultades epistémicas o rasgos de la naturaleza humana (COHEN, 2008)—. Aunque es deseable que la distribución de bienes sociales de nuestra sociedad sea justa y cualquier avance en ese sentido es positivo, no podemos decir, desde este punto de vista, que las instituciones tienen la obligación de lograr una distribución perfectamente justa ya que es posible —dada la insensibilidad del ideal de justicia a consideraciones de factibilidad— que dicho resultado caiga fuera de su alcance.

Algunos consideran que el principio según el cual la posición social de los individuos debe reflejar sus elecciones pero no sus circunstancias, debe ser entendido como un principio (de justicia) puramente evaluativo que nos permite condenar ciertas distribuciones pero que no obliga a las instituciones a satisfacerlo sino sólo a tenerlo

[8] La concepción radical de la igualdad de oportunidades objeta la desigualdad de expectativas económicas que puede haber entre dos personas similarmente motivadas pero con distinto nivel de talento. No objeta, sin embargo, que sus oportunidades para realizar trabajos concretos sean distintas —sería absurdo exigir que alguien sin oído musical tenga las mismas oportunidades de ser un concertista de piano que un niño prodigio— (SWIFT, 2006: 102).

en cuenta —junto con otros valores— a la hora de tomar decisiones. Los principios rawlsianos, en cambio, operan en este segundo nivel, el de las decisiones distributivas, e incorporan todas las consideraciones que deben ser tendidas en cuenta por las instituciones. Recientemente se ha argumentado que estos principios, a pesar de generar distribuciones no del todo sensibles a la responsabilidad individual, ponderan bien el ideal de justicia de los igualitaristas de la suerte con los otros valores que son relevantes para tomar decisiones distributivas. Dicho de otro modo, dadas ciertas limitaciones prácticas, la propuesta rawlsiana puede ser la mejor manera de implementar el igualitarismo de la suerte (TOMLIN, 2012). De nuevo, esta reconstrucción no deja a RAWLS demasiado bien parado ya que nos lleva a afirmar que su tratado *A Theory of Justice,* a pesar del nombre que lleva, no ofrece una concepción de la justicia.

3. ASPECTOS BÁSICOS DEL IGUALITARISMO DE LA SUERTE

El igualitarismo de la suerte hace referencia a una familia de teorías que consideran que son justas aquellas desigualdades que son imputables a los individuos e injustas las que son atribuibles al azar. Dos formulaciones clásicas de esta idea son las siguientes.

> Es malo —inequitativo e injusto— que algunos estén peor que otros sin que medie culpa o elección por su parte (TEMKIN, 1993: 13).

> La justicia distributiva no recomienda ninguna intervención por parte de la sociedad para corregir desigualdades que surgen por la elección voluntaria o la culpa de quienes terminan con menos, en la medida en que resulte adecuado responsabilizar a los individuos por la elección voluntaria o el comportamiento culposo que da lugar a las desigualdades (ARNESON, 1990: 76).

Estos enunciados captan aspectos importantes del igualitarismo de la suerte pero resultan ambiguos. La formulación de Temkin no excluye que sea también malo —inequitativo e injusto— que existan desigualdades originadas por voluntad o culpa de los individuos. Es compatible con un igualitarismo estricto que considera injusta cualquier desigualdad. El enunciado de ARNESON no dice nada acerca de qué debemos hacer respecto aquellas desigualdades fruto del azar que no pueden imputarse a los individuos. Es compatible con una posición libertaria que considera que no se debe corregir ninguna desigualdad salvo aquellas que son consecuencia de una violación de los derechos lockeanos. Esta formulación de COHEN expresa mejor el ideal igualitarista de la suerte:

> «Debemos... compensar sólo por aquellos déficits en el bienestar que no son de alguna manera imputables a las elecciones individuales (COHEN, 1989: 914, énfasis añadido).

A diferencia de los dos enunciados anteriores, éste prescribe, de forma clara pero implícita, un tratamiento distinto para las desigualdades dependiendo de su origen, a saber, compensar las que son azarosas y dejar intactas las voluntarias. La reciente definición de Matthew SELIGMAN es seguramente la más precisa y exhaustiva:

> La posición igualitarista de la suerte canónica (...) puede ser formulada en los siguientes tres principios, que juntos constituyen una condición suficiente y necesaria para la justicia de las distribuciones:
>
> 1) Las distribuciones son fruto de las decisiones de los individuos y del azar. Todos los factores que afectan una distribución son o bien elecciones o azar.

2) Cualquier desigualdad es separable en partes imputables las elecciones y partes imputables al azar.

3) Las desigualdades, o partes de ellas, son justas si y sólo si son imputables a las elecciones en lugar del azar (SELIGMAN, 2007: 268).

Más allá de la intuición que tratan de expresar estas citas, las distintas versiones del igualitarismo de la suerte comparten poco. Esta sección analiza algunos de los aspectos claves de este enfoque y muestra las principales discrepancias entre sus defensores.

3.1. Responsabilidad

Hay un tipo de responsabilidad que resulta esencial en cualquier concepción de la justicia distributiva y es la responsabilidad consecuencial (SCANLON, 1998: 248; DWORKIN, 2000: 287). Un sujeto es consecuencialmente responsable de un carga o un beneficio X cuando es correcto que sea él y no el resto de la comunidad quien asuma las consecuencias, positivas o negativas, de X. Los juicios de responsabilidad consecuencial expresan nuestros deberes y obligaciones mutuos como miembros de una comunidad. Son, básicamente, el tipo de juicios que una concepción de la justicia nos permite hacer. Calificar la desigualdad existente entre dos sujetos como justa equivale a afirmar que está justificado atribuir responsabilidad consecuencial a ambos por su situación y dispensar al resto de la sociedad de tener que corregirla. Y al revés, cuando sostenemos que la desigualdad entre dos sujetos es injusta estamos diciendo que sería deseable evitar que fuesen ellos quienes acaben asumiendo responsabilidad consecuencial por ella. Las diversas concepciones de la justicia —libertarias, utilitaristas, igualitarias, etc.— valoran de diferente manera los resultados distributivos y al hacerlo emiten juicios de atribución de responsabilidad consecuencial distintos.

Cuando los igualitaristas de la suerte afirman que la desventaja de un sujeto es justa sólo si podemos atribuirle responsabilidad por ella, no están hablando de responsabilidad consecuencial. Si lo hiciesen su posición sería tautológica. Lo único que estarían diciendo es que la desventaja de un sujeto es justa si es correcto eximir a los demás del deber de corregirla o mitigarla. La idea de responsabilidad consecuencial presupone la existencia de un criterio de distribución de cargas y beneficios y, por tanto, no puede ser utilizada para especificar dicho criterio (SCHEFFLER, 2005). La intuición de que la justicia debe ser sensible a la responsabilidad hace referencia a la responsabilidad moral, esto es, la que nos indica cuando una acción o un resultado son imputables a un sujeto y él pasa a ser merecedor de ciertas actitudes, como el reproche o el elogio. Los igualitaristas de la suerte consideran que es justo que un sujeto asuma una ventaja o desventaja X sólo si es posible atribuirle responsabilidad moral por X[9]. Dicho de otro modo, proponen que la responsabilidad moral sirva para atribuir responsabilidad consecuencial.

Lo distintivo de esta posición se ve mejor si la comparamos con otras concepciones de la justicia que desvinculan estos dos tipos de responsabilidad. Por ejemplo, aquellas

[9] En la sección 3.2 veremos que, a raíz de algunas objeciones que se hacen al igualitarismo de la suerte, conviene restringir los supuestos en los que la responsabilidad moral puede generar responsabilidad consecuencial.

concepciones que aseguran un mínimo social —e. g. la concepción rawlsiana o cualquiera que defienda una renta básica— eximen a los individuos de responsabilidad consecuencial por aquellas desventajas que les colocan por debajo de un determinado umbral, incluso si dichas ventajas les son imputables. Otro caso es el del utilitarismo clásico que recomienda adoptar aquella distribución de responsabilidad consecuencial que maximice la utilidad general que no necesariamente será la más sensible a la responsabilidad.

Antes de entrar brevemente en la cuestión de qué concepciones de la responsabilidad individual pueden completar el igualitarismo de la suerte, conviene hacer una aclaración sobre el tipo de argumento que ofrecen quienes defienden esta concepción. La idea de que los individuos deben hacerse cargo de aquellas ventajas o desventajas por las que son moralmente responsables puede ser defendida mediante razones instrumentales que tienen que ver con el incentivo que puede suponer la atribución de responsabilidad consecuencial por los resultados de las acciones propias. Iniciativas como la decisión de cobrar los rescates en la montaña a excursionistas negligentes, por ejemplo, pueden justificarse con el argumento de que llevarán a los individuos a ser más cautelosos a la hora de asumir un riesgo[10]. A pesar de lo atendibles que pueden resultar estas consideraciones, los igualitaristas de la suerte no recurren a ellas porque entienden que atribuir responsabilidad consecuencial según la responsabilidad moral tiene valor con independencia del efecto que pueda tener sobre la conducta individual (ARNESON, 2004). Su intuición es que en un contexto de gran escasez de recursos escasos y en el que las decisiones de cada sujeto sobre trabajo, consumo e inversión tienen un impacto importante sobre el conjunto de recursos disponibles, cada uno de nosotros merece ser protegido frente a las decisiones costosas de los demás (STEMPLOWSKA, 2012: 398).

Los igualitaristas de la suerte tienden a ser más bien vagos a la hora de especificar cómo debemos entender la idea de responsabilidad a efectos de aplicar el criterio que proponen. Como bien señala Susan HURLEY, en sus propuestas la responsabilidad individual es una suerte de «caja negra» (HURLEY, 2003: 3). Esta imprecisión no se debe, claro está, a la falta de desarrollo teórico del concepto. Probablemente sea consecuencia de la voluntad de evitar ciertas cuestiones peliagudas que pueden socavar la plausibilidad del igualitarismo de la suerte como concepción de la justicia[11]. Hacer un análisis detallado de las implicaciones de combinar el igualitarismo de la suerte con las principales concepciones de la responsabilidad disponibles cae fuera del alcance de este artículo[12]. No obstante, sí que merece la pena destacar algunas cuestiones que los igualitaristas de la suerte deben considerar a la hora de decantarse por una concepción de la responsabilidad en particular.

En principio, los igualitaristas de la suerte pueden incorporar a su teoría de la justicia aquella noción de responsabilidad que consideren más adecuada. Las distintas

---

[10] *http://www.abc.es/hemeroteca/historico-01-10-2009/abc/Catalunya/los-excursionistas-catalanes-deberan-pagar-sus-rescates-si-han-sido-negligentes_103298190468.htm.*

[11] En este sentido, COHEN afirma que el anclaje del igualitarismo de la suerte en una concepción de la responsabilidad moral «subordina la filosofía política a cuestiones metafísicas que puede que sean imposibles de resolver» (COHEN, 1989: 934).

[12] Un análisis de este tipo de encuentra en HURLEY, 2003.

concepciones que encontramos en el debate filosófico actual sobre esta idea coinciden acerca de la necesidad de que los sujetos ejerzan alguna forma de libre albedrío para poder atribuirles responsabilidad moral, pero discrepan profundamente a la hora de definir este prerrequisito. Por un lado, encontramos las concepciones compatibilistas cuya definición de libre albedrío puede coexistir con el determinismo de modo que este no supone una amenaza para la responsabilidad moral. Por otro lado, existen concepciones incompatibilistas libertarias que mantienen que el determinismo y el libre albedrío que presupone la responsabilidad moral no pueden coexistir, pero niegan el primero para afirmar la posibilidad de la segunda[13]. Dado que distintas concepciones de la responsabilidad moral nos llevan juzgar de manera distinta la responsabilidad de los individuos, vincular el igualitarismo de la suerte con una de ellas tiene consecuencias distributivas[14]. Esta decisión influye, además, sobre los siguientes tres aspectos de la concepción.

(i) El atractivo ético del igualitarismo de la suerte. Algunas voces críticas con el igualitarismo de la suerte consideran que la tesis central de este enfoque sólo puede llegar a tener fuerza moral, al menos *prima facie,* si es respaldada por una concepción incompatibilista que niegue el determinismo y presente las elecciones voluntarias como causas metafísicamente distintas al resto de factores que pueden originar un resultado. Samuel SCHEFFLER sostiene que si las elecciones voluntarias no tienen este estatus especial cuesta ver por qué su presencia —o ausencia— puede tener las consecuencias políticas y económicas que recomienda el igualitarismo de la suerte (SCHEFFLER, 2005). En otra línea pero atacando el mismo punto, Marc FLEURBAEY señala que el problema fundamentar el igualitarismo de la suerte en un enfoque compatibilista es que «[l] a presencia de un factor determinista en la explicación de la conducta de un sujeto le da a éste buenos argumentos para quejarse por cualquier sanción impuesta en su bienestar o ventaja impuesta por [las instituciones], o de manera simétrica, menoscaba seriamente cualquier pretensión de trato preferencial» (FLEURBAEY, 1995: 40).

(ii) La capacidad del igualitarismo de la suerte para generar un consenso moral en un contexto plural. La existencia de este consenso resulta crucial para el pleno cumplimiento y, por tanto la estabilidad, de una concepción de la justicia (RAWLS, 1993: 147). En una sociedad en la que existe una pluralidad de doctrinas morales, filosóficas y religiosas, este consenso sólo lo puede obtener una concepción que no adopte tesis controvertidas. Si tenemos en cuenta este requisito, el compatibilismo parece la opción más sensata para los igualitaristas de la suerte. Las concepciones incompatibilistas libertarias implican un compromiso con la falsedad del determinismo que es una tesis metafísica fuerte. Las compatibilistas, en cambio, se mantienen agnósticas sobre la tesis determinista y esto permite que puedan ser suscritas desde distintas posiciones metafísicas.

---

[13] Estas dos grandes familias están integradas por una gran variedad de concepciones. El incompatibilismo libertario se divide en no-causal, evento-causal, y agente-causal. El compatibilismo más reciente se distingue entre jerárquico, evaluativo o de fuente múltiple y de la razón. Un buen resumen del libertarianismo y el compatibilismo contemporáneos puede encontrarse en CLARKE y CAPES, 2014; y MCKENNA, 2009, respectivamente.

[14] Estas consecuencias pueden observarse en el debate que mantienen COHEN, que mantiene una concepción libertaria de la responsabilidad, y DWORKIN, que es compatibilista, sobre los gustos caros. *Vid.* COHEN, 1989, 2004; y DWORKIN, 2000 y 2004.

(iii) La posibilidad de aplicar el igualitarismo de la suerte y verificar su cumplimiento[15]. La aplicación y verificación de un criterio de justicia precisa de una regla de evidencia que especifique tres cosas: *a)* las condiciones que nos permiten afirmar que un criterio se satisface, *b)* la información relevante para poder comprobar el cumplimiento de tales condiciones, y *c)* los mecanismos para obtener dicha información. Los igualitaristas de la suerte —en la medida en que estén interesados en que las instituciones puedan implementar su concepción y los ciudadanos puedan verificarla[16]— tienen buenas razones para adoptar una noción de la responsabilidad cuyas condiciones de aplicación sean claras y no excesivamente difíciles de comprobar. De nuevo, las concepciones incompatibilistas están en desventaja ya que, de entrada, no hay evidencia que confirme la falsedad —ni la veracidad— del determinismo y, por tanto, no está claro que sea posible hacer responsables a los individuos de nada (CLARKE y CAPES, 2014)[17]. Algunas concepciones compatibilistas nos piden corroborar cuestiones empíricamente más asibles que la tesis determinista como, por ejemplo, la existencia de un determinado tipo de conexión entre las elecciones de un sujeto y sus valores, preferencias deliberaciones (FRANKFURT, 1969; DWORKIN 2000). La dificultad, en este caso, no es la imposibilidad de obtener evidencia empírica sino la indeseabilidad de hacerlo. Tratar de averiguar las creencias o estados mentales de los sujetos para determinar la relación que guardan con sus acciones supondrá una invasión de la privacidad difícilmente justificable (COHEN, 2004: 17). Una forma de no incurrir en este segundo problema consiste en limitar la aplicación igualitarismo de la suerte a «casos fáciles», esto es, supuestos en los que el grado de responsabilidad de un sujeto por su situación sea objetivamente visible y, por tanto, pueda determinarse sin atentar contra su privacidad. La desventaja de alguien que sufre una enfermedad congénita sería un buen ejemplo. El inconveniente de esta restricción es que resta relevancia normativa al igualitarismo de la suerte como criterio distributivo ya que la mayoría de resultados distributivos son difíciles en el sentido de que no es posible determinar la responsabilidad individual sin indagar en las creencias y estados mentales de los individuos afectados[18].

3.2. Suerte bruta y suerte opcional

Aquellas ventajas y desventajas por las que los individuos no pueden ser considerados moralmente responsables son cuestión de suerte bruta para ellos y son las que los igualitaristas de la suerte consideran injustas (DWORKIN, 2000: 73). En palabras de COHEN: «la suerte bruta es enemiga de la igualdad justa, y dado que la elección genui-

---

[15] Poder comprobar hasta que punto una concepción de la justicia se satisface es importante, entre otras razones, porque permite juzgar el funcionamiento de las instituciones destinadas a implementarla.

[16] Algunos igualitaristas de la suerte, principalmente COHEN y ARNESON, no tienen este interés ya que niegan que el contenido de los principios de justicia deba estar condicionado por consideraciones de factibilidad o publicidad. *Vid.* COHEN, 2008: 285, 326; ARNESON, 2007: 290-1.

[17] Algunos igualitaristas de la suerte incompatibilistas no tienen ningún problema en reconocer que si la noción libertaria de la responsabilidad es imposible —porque el determinismo es cierto— entonces su concepción colapsa con la igualdad de resultados ya que no podemos hacer responsables a los individuos de su situación. *Vid.* ARNESON, 1989: 86; 1990: 178-179; y COHEN, 1989: 934; 1993: 28.

[18] ROEMER (1993) propone un algoritmo para aplicar el igualitarismo de la suerte que identifica variables empíricamente observables como la raza, el sexo, la clase social y las utiliza para tratar de determinar el grado de responsabilidad de los individuos sobre decisiones que realizan en distintos ámbitos —salud, ocupación, etc.—.

na es lo opuesto de la suerte bruta, la elección genuina justifica desigualdades que de otro modo serían inaceptables» (COHEN, 1989: 931). Para los igualitaristas de la suerte, la suerte bruta es —como indica la cita— la otra cara de la moneda de la responsabilidad moral. Es cuestión de suerte bruta para mi cualquier cosa que me afecte y no me sea imputable —mi origen familiar, haber nacido en un país rico o ser asmática—. Dado que la noción de suerte bruta es derivativa del concepto de responsabilidad, su contenido concreto variará dependiendo de la concepción de la responsabilidad moral que uno suscriba (HURLEY, 2003). Así pues, dos igualitaristas de la suerte pueden discrepar sobre si una desventaja debe ser considerada cuestión de suerte bruta porque suscriben concepciones distintas de la responsabilidad moral.

Aunque el igualitarismo de la suerte suele ser definido como una concepción que aspira a neutralizar el impacto de la suerte en la vida de los individuos, si queremos ser precisos, conviene aclarar que lo único que recomienda corregir es la suerte bruta. El adjetivo es importante aquí ya que, a pesar de lo que pueda sugerir su nombre, el igualitarismo de la suerte no se opone a cualquier impacto del azar en la vida de los individuos. Considera justos ciertos resultados distributivos que son una mezcla de azar y elección. Por ejemplo, mi decisión de invertir en bolsa puede traducirse en pérdidas económicas importantes por circunstancias que caen fuera de mi control pero, aun así, no diríamos que dichas pérdidas son una desventaja totalmente azarosa como sí lo es, por ejemplo, padecer una enfermedad genética. Los igualitaristas de la suerte no creen que mi desventaja sea problemática porque, finalmente, es atribuible a una decisión que he tomado voluntariamente —supongamos que es así—. Para referirse a este tipo de supuestos, utilizan el concepto suerte opcional. La distinción entre estos dos tipos de suerte, bruta y opcional, fue introducida por DWORKIN. En su formulación canónica, DWORKIN estipula que la suerte opcional alude a «apuestas deliberadas» (DWORKIN, 2000: 73). Son cuestión de suerte opcional aquellas ventajas y desventajas que son consecuencia de un riesgo que un sujeto ha aceptado de manera voluntaria —DWORKIN dice que «debería haber anticipado y podía haber rechazado» (*ibid.*). La suerte bruta, en cambio, hace referencia a «cómo se materializan aquellos riesgos que no son apuestas deliberadas» (*ibid.*). Padecer una enfermedad genética o ser víctima de un terremoto son casos de suerte bruta mientras que mis pérdidas en la bolsa o las enfermedades que son consecuencia de mi estilo de vida poco saludable son ejemplos de suerte opcional.

La suerte opcional puede crear desigualdades importantes entre dos individuos A y B que asumen un mismo riesgo —i. e. A gana la apuesta deliberada i B la pierde—; y entre ambos y otro sujeto C que decide no arriesgarse. Los igualitaristas de la suerte sostienen que estas desigualdades son justas porque, como señala DWORKIN, «las personas deben pagar el precio de la vida que han elegido llevar» (DWORKIN, 2000: 74). Debemos dejar intacta la desventaja de B —respecto a A y, dependiendo del tamaño de la pérdida, también respecto a B— porque «la posibilidad de perder era parte de la vida que [él] eligió... era el precio justo de la posibilidad de ganar» (*ibid.*). Del mismo modo, tampoco debemos corregir la desventaja de C ya que «el precio de una vida más segura [no apostar]... es precisamente renunciar a la posibilidad de obtener las ventajas que inducen a otros a apostar» (*ibid.*)[19].

[19] DWORKIN ha argumentado que la posibilidad de asegurarse frente a las circunstancias desafortunadas permite transformar la suerte bruta en suerte opcional. La decisión de comprar o rechazar un seguro, en la

La distinción entre suerte bruta y suerte opcional es uno de los aspectos del igualitarismo de la suerte que más se ha discutido. En el debate encontramos varias propuestas de enmienda que pretender capturar intuiciones que se consideran importantes (DWORKIN, 2002, 122-125; LIPPERT-RASMUSSEN, 2001; SANDBU, 2004, 294-299; STEINER, 2002, 349; OTSUKA, 2002, 45; VALLENTYNE, 2002, 2008). Un análisis detallado de todas estas sugerencias requiere un trabajo separado pero hay dos cuestiones que quiero introducir porque me parecen especialmente relevantes.

Primera, la distinción entre suerte bruta y suerte opcional lleva al igualitarismo de la suerte a dar una solución poco adecuada a aquellos casos en los que un sujeto sólo puede evitar el riesgo de sufrir una desventaja si toma una decisión irracional (STEMPLOWSKA, 2002; VALLENTYNE, 2002). Por ejemplo, el modo de no exponerse al riesgo de ser atropellado por un coche es no saliendo jamás de casa. La desventaja de alguien que decide salir a la calle y es atropellado debe ser considerada cuestión de suerte mala suerte opcional no compensable si el sujeto ha salido voluntariamente a la calle —nadie le ha obligado—y tenía conocimiento —es difícil que no lo tuviese— de que existía una cierta probabilidad, aunque fuese mínima, de que lo atropellasen. En nuestro día a día estamos continuamente asumiendo, de manera voluntaria, riesgos de este tipo —saludamos estrechando la mano sabiendo que nos pueden contagiar un resfriado, comemos en los restaurantes sabiendo que algo puede estar en mal estado, etc.—. Considerar justa cualquier desventaja derivada de un riesgo voluntariamente asumido sin valorar la racionalidad de asumir dicho riesgo resulta moralmente poco plausible ya que incentiva a los individuos a tomar decisiones claramente subóptimas desde el punto de vista de su bienestar personal.

Segunda, la distinción tampoco parece útil para abordar casos en los que un sujeto sufre una desventaja como consecuencia cumplir con un deber moral. Por ejemplo, supongamos que un sujeto se ve en la situación de tener que decidir si salva a otro de morir en un incendio sabiendo que al hacerlo es probable que él sufra alguna quemadura leve. Puede evitar el riesgo quemarse pasando de largo e ignorando el deber moral que le impone la situación - poder salvarle la vida alguien mediante un sacrificio muy pequeño en comparación. Si toma la decisión de cumplir con el deber y se quema, el daño que sufre deberá ser considerado cuestión de suerte opcional y, por tanto, no merecerá compensación según el igualitarismo de la suerte (EYAL, 2007). Esta solución penaliza el cumplimiento de deberes morales y, de nuevo, genera incentivos equivocados.

La intuición que subyace a los dos tipos de supuestos planteados, los riesgos racionales y el cumplimiento de deberes morales, es similar. Son situaciones en las que un sujeto sufre una desventaja como consecuencia de una decisión que ha tomado voluntariamente pero esto no justifica que asuma las consecuencias de la misma ya que sólo podía evitarlas asumiendo unos costes desmedidos en el primer caso o actuando inmoralmente en el segundo. La formulación original de la distinción entre suerte bruta y suerte opcional es lo suficientemente vaga como para darle una interpretación que incorpore esta idea. La noción de apuesta deliberada que utiliza DWORKIN para definir

---

medida en que es posible, es una apuesta deliberada (DWORKIN, 2000: 74). Por esta razón, DWORKIN cree que el nivel de compensación adecuado para las discapacidades y la falta de talentos debe ser equivalente a la protección que el ciudadano medio compraría en un mercado hipotético de seguros en el que todos los individuos tienen la misma probabilidad de sufrir estas desventajas.

la suerte opcional se refiere a riesgos que los individuos pueden anticipar y rechazar, esto es, riesgos evitables. Una posible solución al problema que plantean los casos examinados es decir que no deben ser considerados evitables —y por tanto cuestión de suerte bruta— aquellos riesgos que no es razonable esperar que los individuos rechacen —e. g. salir a la calle o cumplir un deber moral—. Esta estrategia requiere un estándar de expectativas razonables para evaluar la conducta individual que tenga en cuenta la prudencia y la moral. La elaboración de este estándar es una cuestión difícil que dejo para otra ocasión. Quiero señalar, sin embargo, que si los igualitaristas de la suerte adoptan esta definición de suerte opcional —y es aconsejable que lo hagan— han de modificar ligeramente su posición. Han de matizar que para considerar que un resultado es cuestión de suerte opcional para un sujeto —y por tanto poder atribuirle responsabilidad consecuencial por el mismo— no basta con que dicho resultado sea consecuencia de una decisión que él ha tomado voluntariamente y por la cual está justificado hacerle moralmente responsable. Además de eso, es necesario que dicha decisión no refleje, simplemente, la ausencia de alternativas aceptables.

3.3. Métrica: ¿Recursos o bienestar?

El debate sobre la métrica o el *distribuendum* concierne a la dimensión —o dimensiones— de la vida de los individuos que debe utilizar una concepción de la justicia para comparar su situación y determinar si se encuentran en una situación de ventaja o desventaja. La pregunta «¿igualdad de qué?»[20] es, sin duda, una de las que más discusión ha generado entre los igualitaristas. Entre los individuos existen muchas desigualdades —tenemos distinta altura, sensibilidad musical, capacidad económica, salud, etc.— pero no todas ellas parecen igual de problemáticas. La elección de una métrica o estándar de comparaciones interpersonales implica distinguir entre desigualdades relevantes e irrelevantes desde el punto de vista de la justicia. Los igualitaristas de la suerte han tendido a inclinarse por dos *distribuenda*: los recursos y el bienestar[21].

La primera formulación sistemática del igualitarismo de la suerte, la igualdad de recursos planteada por DWORKIN, surge como reacción a las concepciones que adoptan el bienestar subjetivo como métrica y recomiendan igualarlo. Una consecuencia de estos enfoques es que exigen compensar a los individuos que necesitan más recursos que los demás para alcanzar un mismo nivel de bienestar por el mero hecho de que tienen gustos caros —e. g. necesitan un Vega Sicilia para lograr la satisfacción que los demás obtienen bebiendo zumo o cerveza—. DWORKIN considera que esta conclusión es totalmente implausible y sugiere evitarla adoptando una métrica que sólo identifica como potencialmente relevantes las desigualdades en recursos[22]. La definición dworkiniana de recursos es más amplia que la que adoptan otros partidarios de adoptar los recursos como métrica ya que comprende tanto recursos personales como impersona-

[20] *Vid.* SEN, 1980.

[21] El tercer estándar más común en sede de justicia distributiva es la métrica de las capacidades de SEN. *Vid.* SEN, 1980, 1985, 1993, 2005; NUSSBAUM, 2000.

[22] Esta no es la única razón por la que DWORKIN se opone a utilizar el bienestar como métrica. Otro argumento que utiliza es que una métrica bienestarista plausible acaba colapsando con una métrica recursista ya que presupone una noción de porción justa de recursos.

les (*cfr.* RAWLS, 1971; STEINER, 1992). Los recursos personales son cualidades físicas y mentales como la salud, o el talento, mientras que los impersonales «son partes del entorno que pueden ser poseídas y transferidas» como la tierra, las materias primas, o los derechos legales (DWORKIN, 1985: 224). DWORKIN da un tratamiento distinto a estos dos tipos de recursos pero no es necesario que entremos en este aspecto de su propuesta. Lo que interesa retener es que la métrica que utiliza deja fuera, i. e. considera irrelevantes, las desigualdades que emergen como consecuencia de diferencias en la personalidad de los individuos. Son desigualdades de este tipo las que surgen como consecuencia de los gustos caros ya que, normalmente, las preferencias de los individuos son un reflejo de su concepción del bien y ésta, a juicio de DWORKIN, es un aspecto de nuestra personalidad (DWORKIN, 2000: 80).

ARNESON y COHEN se han opuesto a la métrica dworkiniana porque consideran que la distinción entre recursos y personalidad no es fiel a la intuición fundamental del igualitarismo de la suerte. Otorgar relevancia normativa a la responsabilidad individual nos obliga, según ellos, a distinguir entre un individuo que adquiere voluntariamente preferencias caras y otro que tiene las mismas preferencias por circunstancias que no le son imputables como, por ejemplo, la educación que recibió de pequeño (ARNESON, 1989: 78-82; COHEN, 1989: 916-35). Mientras que la desventaja del primero está justificada y debe ser dejada intacta, la del segundo merece ser compensada. El estándar de DWORKIN no es capaz de hacer esta distinción y, por tanto, debe ser sustituido por otro más adecuado.

En sus primeros escritos, ARNESON defiende una métrica basada en el bienestar entendido como satisfacción de preferencias racionales o idealmente consideradas —i. e. las preferencias que tendría un individuo después de haber deliberado correctamente y con información completa sobre sus intereses (ARNESON, 1989)[23]. El problema que plantean los gustos caros para las teorías que recomiendan igualar el nivel bienestar de los individuos se soluciona si lo que igualamos son las oportunidades para el bienestar. Esta es la recomendación de ARNESON. Según él, las oportunidades para el bienestar de dos sujetos deben ser consideradas iguales cuando, en el comienzo de su edad adulta, se enfrentan a un árbol de decisión equivalente, esto es, cuando el bienestar esperado de la mejor secuencia de decisiones que es razonable esperar que adopte cada sujeto es el mismo, el bienestar esperado de la segunda mejor secuencia también es el mismo y así sucesivamente hasta agotar el árbol de decisión. En esta situación, debemos considerar justa y, por tanto, no compensable la desigualdad en el bienestar que se producirá si un sujeto adopta una secuencia de decisiones subóptima —e. g. desarrolla un gusto caro— y el otro elige su mejor secuencia.

COHEN está de acuerdo con ARNESON en que las deficiencias involuntarias en el bienestar deben ser corregidas pero cree que una métrica basada únicamente en el bienestar resulta demasiado simple ya que no nos permite identificar como desventajas algunas circunstancias que una concepción igualitaria de la justicia debería considerar como tales. Para ilustrar el problema pone el ejemplo de Tiny Tim un paralítico que, dado su carácter optimista y alegre, exhibe unos niveles de bienestar muy altos (CO-

[23] En sus escritos posteriores ARNESON (1999a, 2000, 2007) sustituye este criterio por otro que él llama *prioritarismo sensible a la responsabilidad* (*responsibility catering prioritarianism*).

HEN, 1989: 918). El hecho de que Tiny Tim no tenga un déficit de bienestar —puede que incluso esté mejor que la mayoría— no debería hacernos considerar que su discapacidad física es irrelevante. La intuición de COHEN es que el déficit de recursos personales que implica la discapacidad justifica una compensación en sí mismo, esto es, con independencia de consideraciones relacionadas con el bienestar subjetivo del individuo. La propuesta de COHEN consiste en adoptar como métrica un índice que combine bienestar y recursos, al que se refiere como ventaja, e igualar el acceso al mismo (COHEN 1989: 920)[24].

La discusión sobre la métrica plantea varias cuestiones que caen fuera del alcance de este artículo[25]. No obstante, conviene hincapié sobre la relación que guardan la métrica y la responsabilidad en el igualitarismo de la suerte. Algunas reconstrucciones de este enfoque presentan ambos aspectos como filtros independientes que se aplican a las desigualdades (STEMPLOWSKA, 2012). Los igualitaristas de la suerte eligen una métrica que les permite identificar las desigualdades potencialmente relevantes —e. g. las que se producen en el bienestar— y posteriormente determinan, según la concepción de la responsabilidad que consideran más adecuada, si dichas desigualdades son imputables a los individuos a quienes afectan. Esta lectura no es correcta. ARNESON y COHEN rechazan la métrica de los recursos motivados, en gran parte, por el hecho de que, a su juicio, dicho estándar no es capaz de capturar la relevancia normativa de la responsabilidad individual. Sostienen que la distinción entre recursos y personalidad que impone el estándar dworkiniano es demasiado restrictiva ya que puede haber aspectos de la personalidad de los individuos —e. g. sus preferencias o ideas sobre la vida buena— sobre los que ellos no son moralmente responsables porque caen fuera de su control. Esta objeción pone en evidencia que la cuestión de la métrica y la de la responsabilidad no son totalmente independientes. No obstante, la conexión entre ambas es más compleja. El argumento de COHEN y ARNESON descansa sobre una concepción incompatibilista de la responsabilidad según la cual un sujeto es responsable de X si controla X y las causas de X[26]. Un sujeto que tiene gustos caros sin haberlos cultivado sino porque, por ejemplo, le han sido inculcados en su niñez, no debe ser considerado moralmente responsable por tenerlos, según esta idea. Si entendemos la responsabilidad de esta manera la crítica a la métrica dworkiniana está justificada ya que no nos permite distinguir los gustos inculcados de los voluntariamente adquiridos, ambos forman parte de la personalidad del sujeto. Sin embargo, DWORKIN tiene una concepción compatibilista de la responsabilidad. Considera que un sujeto puede ser considerado moralmente responsable por sus preferencias si se identifica con ellas, en el sentido que las ve como constitutivas de su persona. La «interconexión» que existe entre los «gustos, objetivos, motivaciones, convicciones y juicios» de un sujeto es lo que permite hacerle moralmente responsable de sus preferencias (DWORKIN, 2000: 293)[27]. El hecho de que le hayan sido inculcadas no obstaculiza la atribución de responsabi-

[24] COHEN considera que «acceso» es un término preferible a «oportunidad» para capturar la idea de que deben ser consideradas injustas sólo las desigualdades involuntarias. *Vid.* COHEN, 1989: 918.

[25] Algunos de los problemas que plantea la cuestión de la métrica son analizados en CLAYTON y WILLIAMS, 1999; y MATRAVERS, 2002.

[26] Lo interpretan de esta manera ROMER (1996) y HURLEY (2003).

[27] DWORKIN está dispuesto a compensar a los sujetos por sus preferencias caras si las rechazan totalmente —e. g. si existiese una píldora capaz de eliminarlas la tomarían—. Estos supuestos son casos de adicción

lidad siempre y cuando la actitud del sujeto hacia ellas sea la descrita. La distinción entre recursos y personalidad pretende capturar esta concepción de la responsabilidad y, por tanto, es de esperar que tenga mal encaje con concepciones alternativas como la que suscriben ARNESON y COHEN. El desacuerdo sobre la métrica que mantienen los igualitaristas de la suerte esconde, en realidad, un desacuerdo sobre qué concepción de la responsabilidad es la más adecuada.

4. OBJECIONES

A estas alturas del debate sobre la justicia distributiva el igualitarismo de la suerte tiene más detractores que defensores. Sus principales críticos son los igualitaristas democráticos que están preocupados, fundamentalmente, por eliminar las situaciones de dominación, explotación y exclusión, para lograr que los individuos puedan verse a sí mismos como ciudadanos en pie de igualdad (e. g. ANDERSON, 1999; HINTON, 2001; FOURIER, 2012; SCHEFFLER, 2003, 2005; SANYAL, 2012). Desde su punto vista, las desigualdades de estatus social deben ser rectificadas con independencia del grado de responsabilidad que puedan tener quienes las padecen. Los igualitaristas democráticos consideran que el igualitarismo de la suerte pone un énfasis disparatado en la responsabilidad individual y, al hacerlo, «falla en la prueba más fundamental que cualquier concepción igualitaria debe superar: la de que sus principios expresen igual consideración y respeto hacia todos los ciudadanos» (ANDERSON, 1999: 289). En esta última sección analizaré las dos razones principales que invocan los igualitaristas democráticos en contra del igualitarismo de la suerte. La primera es que da un trato denigrante a las víctimas de la mala suerte bruta. La segunda es que es demasiado duro con las víctimas de la mala suerte opcional.

4.1. ¿Es el igualitarismo de la suerte humillante para las víctimas de la suerte bruta?

Los igualitaristas democráticos sostienen que el igualitarismo de la suerte atenta contra el respeto y la dignidad de aquellos a quienes pretende ayudar. Elizabeth ANDERSON ilustra este problema simulando lo que diría un funcionario público que aplicase el igualitarismo de la suerte a un discapacitado: «tu dotación genética defectuosa o tu discapacidad actual, lamentablemente, hacen que tu vida sea menos valiosa que la de la gente normal. Para compensarte, nosotros, los sanos, te daremos recursos adicionales, los suficientes para hacer que tu vida valga lo suficiente como para que al menos alguien crea que es comparable a la de cualquier otro» (ANDERSON, 1999: 305) A partir de esta parodia, argumenta que el igualitarismo de la suerte insulta y viola la dignidad de las víctimas de la suerte bruta de dos maneras distintas. Primera, el igualitarismo de la suerte fundamenta la pretensión de justicia de quienes identifica como desaventajados en el hecho de que son «inferiores a los demás en el valor de sus vidas, talentos y cualidades personales» (ANDERSON, 1999: 289). Segunda, la compensación directa mediante una suma de dinero prevista por el igualitarismo de la suerte no es una buena medida ya que estigmatiza a las víctimas de la suerte bruta (ANDERSON, 1999: 311;

WOLFF, 1998). Conviene distinguir estas dos dimensiones de la crítica ya que aluden a dos aspectos distintos del igualitarismo de la suerte, a saber, las razones que invoca y la solución que prevé. Los igualitaristas de la suerte no se han mostrado demasiado perturbados por el supuesto carácter humillante de su enfoque[28]. Sin embargo, la objeción es poderosa y debe ser tomada en serio. Estas son algunas consideraciones que podrían ser invocadas para responderla.

En relación con la justificación de nuestro deber de compensar a las víctimas de la suerte bruta, los igualitaristas de la suerte pueden evitar presentar a estos sujetos como miserables si enfatizan que, desde el punto de vista de la justicia, el problema que plantean sus desventajas —e. g. la sordera o la estupidez— es el menoscabo en las oportunidades sociales y económicas que conllevan[29]. Esta pérdida es una consecuencia directa del modo en el que, como sociedad, hemos decidido organizar nuestras prácticas e instituciones, lo que Allen BUCHANAN llama el «marco de cooperación dominante» (BUCHANAN, *et al.,* 2000: 288). La elección de un marco de cooperación impone —al menos en la práctica— restricciones en función de las capacidades individuales que son necesarias para participar en plenamente en él y, por tanto, coloca a algunos ciudadanos en situación de desventaja. Por ejemplo, el marco de cooperación dominante de las sociedades industrializadas excluye a las personas ciegas de la oportunidad de conducir un coche. Podríamos adoptar un marco de cooperación distinto que ampliase las oportunidades de los ciegos diseñando los coches y el sistema de circulación de un modo que fuese apto para ellos pero no lo hacemos porque consideramos que el coste de desarrollar esta tecnología y ponerla al alcance de los ciegos es demasiado elevado. Los igualitaristas de la suerte pueden recurrir a este planteamiento para evitar el discurso denigrante que ANDERSON les atribuye y dirigirse al ciego sin humillarle. Podrían justificar nuestras obligaciones hacia él diciendo: «El marco de cooperación que resulta más adecuado para nuestra sociedad, teniendo en cuenta los recursos disponibles y las necesidades sociales, es uno que le coloca a usted y a otros ciudadanos en una situación de desventaja relativa debido a factores totalmente ajenos a su voluntad. Esta circunstancia justifica que sean compensados con los medios que resulten más adecuados».

Sobre el efecto humillante que puede tener una compensación económica, los igualitaristas de la suerte pueden decir dos cosas. Primera, el igualitarismo de la suerte no es incompatible con los mecanismos de reparación que prefieren los igualitaristas democráticos —e. g. formas de discriminación positiva o incentivos para cambiar las actitudes (discriminatorias) de los ciudadanos—. ANDERSON observa que los igualitaristas de la suerte tienen un sesgo hacia las compensaciones económicas pero lo cierto es que su concepción de la justicia no les compromete con esta solución. Si existen formas más efectivas de corregir una desventaja los igualitaristas de la suerte pueden —y deben— recomendarlas. Segunda, aun si el igualitarismo de la suerte adopta los mecanismos correctores que proponen los igualitaristas democráticos, no está nada claro que pueda evitarse el efecto estigmatizador. Una de las críticas más frecuentes que reciben las políticas de discriminación positiva es precisamente que estigmatiza a

[28] Una excepción es ARNESON, 2004.
[29] TAN (2012) y DWORKIN (2000) explícitamente adoptan esta posición.

sus beneficiarios (HOWARD y HAMMOND, 1985; MURRAY, 1984) e influye negativamente en la percepción que tienen de sí mismos (BENDER, 1991; HEILMAN, SIMON y REPPER, 1987). Los igualitaristas de la suerte pueden responder a ANDERSON señalando que el posible estigma derivado de políticas sociales no es un problema exclusivo de su propuesta sino que afecta en igual medida a los igualitaristas democráticos y, de hecho, a cualquier concepción que proponga medidas discriminatorias puesto que la identificación de un grupo de individuos como beneficiarios —y por tanto desaventajados— siempre será susceptible de generar dicho efecto[30].

4.2. ¿Es el igualitarismo de la suerte demasiado duro con las víctimas de la mala suerte opcional?

Otra objeción importante que ha recibido el igualitarismo de la suerte es que puede tener consecuencias demasiado duras para quienes de forma negligente se colocan en una situación de precariedad extrema. Este problema suele ilustrarse con el ejemplo de un motorista que decide (voluntariamente) no usar el casco porque le gusta sentir el viento en la cara y tiene un accidente muy grave (FLEURBAEY, 1995; ANDERSON, 1999: 300-302)[31]. Para el igualitarismo de la suerte lo único relevante es el grado de responsabilidad del motorista por su desventaja, las consecuencias del accidente, por muy severas que sean, no importan. En este caso, la desventaja es consecuencia de una decisión poco prudente pero voluntaria y, por tanto, desde el punto de vista de la justicia, no hay nada que objetar. Los críticos consideran que, en supuestos como este, el abandono de las víctimas de la mala suerte opcional supone un trato cruel y desproporcionado que es claramente inaceptable en una sociedad igualitaria[32]. A diferencia de la objeción anterior, ésta ha recibido mucha atención por parte de los igualitaristas de la suerte que han querido evitarla a toda costa. Sus respuestas se han basado en tres estrategia principales que, como trataré de explicar, no están exentas de problemas[33].

La primera respuesta señala que el grado de prudencia de los individuos a la hora de tomar decisiones puede ser tan arbitrario como su nivel de talentos. Algunos individuos pueden tomar decisiones insensatas porque su capacidad para razonar es muy limitada y son incapaces de hacer una apreciación correcta del riesgo que conllevan ciertas decisiones. El igualitarismo de la suerte debe tener en cuenta hasta qué punto los individuos pueden ser considerados responsables por el grado de prudencia de sus

---

[30] Una política igualitaria que no estigmatiza a sus beneficiarios es la renta básica universal (VAN PARIJS, 2006: 14) que, curiosamente, ANDERSON rechaza por razones similares a las de los igualitaristas de la suerte (ANDERSON, 1999: 299).

[31] El problema es, de hecho, frecuente en algunos países. *Vid. http://www.economist.com/news/united-states/21589881-feel-wind-your-hair-bill-taxpayer-your-injuries-no-brainer.*

[32] La incapacidad del igualitarismo de la suerte para justificar el auxilio al motorista puede ser criticada por razones distintas, *vid.* VOIGHT, 2007.

[33] Obsérvese que la sugerencia hecha en la sección 3.2 de incorporar un estándar de expectativas razonables para identificar qué debe ser considerado como suerte opcional puede moderar esta objeción. Supongamos que el motorista sufre el accidente porque un animal pequeño se ha introducido en su motor y él podría haberlo advertido si hubiese examinado la moto antes de cogerla. Dado que no es razonable exigir a los motoristas que revisen a fondo su moto cada vez que la usen, su negligencia al no hacerlo no debe llevarnos a considerar su accidente como un caso de suerte opcional.

decisiones y ofrecer una compensación en aquellos casos en los que la imprudencia es claramente cuestión de suerte bruta (ARNESON, 1989; ROEMER, 1993). Esta respuesta plantea una dificultad práctica que resulta fácil de anticipar. Aunque pueda haber casos fáciles —e. g. individuos que tengan las capacidades cognitivas seriamente mermadas debido a una enfermedad—, en la mayoría de supuestos carecemos de la información necesaria para determinar la responsabilidad de cada sujeto sobre la calidad de sus decisiones. No obstante, aun si pudiésemos hacer este tipo de juicios, esta estrategia sólo ofrece una respuesta parcial a la objeción ya que únicamente prevé compensación para aquellos sujetos imprudentes que no son responsables de su nula capacidad para tomar buenas decisiones. Sigue exigiendo el abandono de las víctimas de la mala suerte opcional que teniendo la capacidad de actuar prudentemente no lo hacen. Esta conclusión sólo podría evitarse afirmando que todos los casos de imprudencia son del primer tipo, lo cual es muy poco plausible.

La segunda respuesta la ha planteado DWORKIN y consiste en recurrir a un seguro que proteja a los individuos frente a los casos más graves de mala suerte opcional —i. e. aquellos que les dejan en una situación de vulnerabilidad extrema—. Si el motorista hubiese comprado un seguro, un igualitarista de la suerte no tendría problema en afirmar que está justificado prestarle ayuda. Para evitar la objeción el seguro tiene que ser obligatorio —si fuese voluntario deberíamos abandonar a quienes, imprudentemente, deciden no comprarlo— y esto es problemático. ANDERSON considera que esta obligación es una medida paternalista de difícil cabida en un estado liberal (ANDERSON, 1999: 300). Sin embargo, es posible justificar el seguro con un argumento no paternalista que lo presenta como un mecanismo idóneo para que los individuos internalicen los costes de sus decisiones imprudentes y evitar que sea el resto de la sociedad quien tenga que asumirlos (BOU-HABIB, 2006; WILLIAMS, 2006)[34]. Ahora bien, la justificación no paternalista no salva al seguro de otra objeción y es que supone una restricción importante de la libertad individual. El seguro obliga a los individuos a gastar parte de sus recursos en obtener una protección que podrían preferir no tener para así poder dedicar esos recursos a otros fines que ellos consideran más valiosos[35]. No creo que esta privación de libertad sea una razón decisiva en contra del seguro pero desde luego tiene muy mal encaje en una concepción, la de DWORKIN, que toma como premisa fundamental la libertad de los individuos de decidir el grado de riesgo al que quieren exponerse (VOIGHT, 2007; WILLIAMS, 2006)[36].

La tercera respuesta consiste en abrazar el pluralismo y justificar el auxilio al motorista diciendo que, en este caso, nuestra decisión debe guiarse por valores distintos a la igualdad, como la humanidad o la solidaridad. Esta estrategia ha sido la más exitosa y, básicamente, ha adoptado dos formas distintas. Un grupo de pluralistas sostiene que

---

[34] La respuesta de DWORKIN a la objeción de ANDERSON de que la propuesta del seguro obligatorio es paternalista consiste en afirmar que ciertas medidas paternalistas son cruciales para garantizar igual consideración y respeto hacia los ciudadanos y esto hace que no sean incompatibles con el liberalismo (DWORKIN, 2006: 37, 73).

[35] La privación de libertad que supone el seguro se ve claramente si pensamos en supuestos de actividades que conllevan un riesgo elevado de sufrir daños graves. En estos supuestos la prima será muy alta y puede encarecer la actividad hasta tal punto que algunos individuos queden excluidos de poder realizarla (VOIGHT, 2007: 406).

[36] *Vid.* SEGALL, 2010 para una objeción distinta al seguro dworkiniano.

el igualitarismo de la suerte expresa el ideal de justicia pero que esta no es la única consideración que debemos tener en cuenta a la hora de tomar decisiones distributivas (COHEN, 1989, 2004; KYMLICKA, 2006). Existen otros valores también relevantes y algunos pueden ser invocados para ayudar al motorista. Hay problemas en este argumento. El primero es que mengua la importancia de la justicia que pasa a ser un valor entre muchos a considerar. El segundo, consecuencia del primero, es que nos lleva a afirmar que en algunos casos, como el del motorista, la mejor solución es una que viola las exigencias de justicia. Otro grupo de pluralistas sostiene que el igualitarismo de la suerte expresa una idea de igualdad que es sólo uno de los valores que conforman el ideal de justicia (VALLENTYNE, 2002; OTSUKA, 2004). Dependiendo de qué otros valores incluyamos en el ideal de justicia y de cómo decidamos ponderarlos, ésta fórmula nos puede permitir afirmar que debemos salvar al motorista, no por razones de igualdad, pero sí de justicia. Intuitivamente, esto es más plausible que afirmar, como hacen los otros pluralistas, que la ayuda al motorista quebranta la justicia pero está justificada consideradas todas las cosas. Un coste evidente de esta estrategia es que reduce el igualitarismo de la suerte a un componente de la justicia. Dado que, hasta ahora, estos pluralistas no han indicado qué otros valores deben integrar este ideal y cómo debemos ponderar la igualdad con los mismos, no queda clara cuál es la relevancia normativa que su propuesta otorga al igualitarismo de la suerte.

5. CONCLUSIÓN

La compleja y larga discusión alrededor del igualitarismo de la suerte no ha arrojado demasiada luz sobre cuál debe ser el rol de la responsabilidad individual en nuestras decisiones distributivas por dos razones que han aparecido en el artículo pero quiero resaltar en esta breve conclusión. La primera es que la mayoría de propuestas que han hecho los igualitaristas de la suerte son severamente indeterminadas en gran parte porque, como acabamos de ver, muchos de ellos se han declarado pluralistas admitiendo que el igualitarismo de la suerte —ya sea un ideal de justicia o de igualdad— es insuficiente para guiar nuestras decisiones y dejando abierta la puerta a que sea ponderado o combinado con cualquier consideración que sea relevante. La segunda es que el igualitarismo de la suerte tiene serios problemas de implementación porque, en la práctica, resulta imposible desgranar qué parte de las ventajas y desventajas de un sujeto proviene de sus elecciones voluntarias y que parte es fruto de la suerte bruta. Antes estas dificultades, los igualitaristas pueden limitar la aplicación de su principio a supuestos claros o, como han hecho muchos de ellos, considerarlo un principio fundamental de justicia con una función meramente evaluativa (COHEN, 2008; TAN, 2012). En ambos casos, su relevancia a la hora de guiar nuestras decisiones distributivas queda seriamente menguada. La falta de completud de las propuestas que han hecho los igualitaristas de la suerte y sus dificultades de implementación práctica llevan a muchos a desdeñar su discusión y a vaticinar que su concepción de la justicia no sobrevivirá al paso del tiempo. Es difícil hacer predicciones sobre cuál será el lugar del igualitarismo de la suerte en la historia de la filosofía política. No obstante, algo que a estas alturas es incuestionable es que sus defensores han prestado un gran servicio a la izquierda mostrando el fracaso de uno de los principales argumentos de la derecha conservadora. Sus

argumentos han revelado que la responsabilidad individual no sólo no es enemiga de un estado del bienestar generoso sino que lo justifica. Sólo por eso podemos decir que su discusión, aunque ardua, no ha sido en vano.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESINA, A.; GLAESER, E., y SACERDOTE, B., 2001: «Why doesn't the United States have a European-style welfare state?», *Brookings Papers on Economic Activity* (otoño), 187-278.

ANDERSON, E., 1999: «What is the Point of Equality?», *Ethics,* 109, 287-337.

ARNESON, R., 1989: «Equality and Equal Opportunity for Welfare», *Philosophical Studies,* 56, 77-93.

— 1990: «Liberalism, distributive subjectivism, and equal opportunity for welfare», *Philosophy and Public Affairs,* 19, 158-194.

— 1999a: «Equality of Opportunity for Welfare Defended and Recanted». *Journal of Political Philosophy,* 7, 488-497.

— 1999b: «Egalitarianism and Responsibility», *Journal of Ethics,* 3, 225-247.

— 2000: «Luck Egalitarianism and Prioritarianism», *Ethics,* 110, 339-49.

— 2004: «Luck Egalitarianism Interpreted and Defended», *Philosophical Topics,* 32, 1-20.

— 2007: «Desert and Equality», en N. HOLTUG y K. LIPPERT-RASMUSSEN (eds.), *Egalitarianism,* Oxford: Oxford University Press.

— 2008: «Rawls, Responsibility, and Distributive Justice», en M. SALLES y J. WEYMARK (eds.), *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism: Themes from Rawls and Harsanyi,* Cambridge: Cambridge University Press, 80-108.

BENDER, D. L., 1991: *Does affirmative action alleviate discrimination?,* San Diego, CA: Greenhaven.

BOU-HABIB, P., 2006: «Compulsory insurance without paternalism», *Utilitas,* 18, 243-263.

BUCHANAN, A. *et al.,* 2000: *From Chance to Choice: Genetics and Justice,* Cambridge: Cambridge University Press.

CLARKE, R., y CAPES, J., 2014): «Incompatibilist (Nondeterministic) Theories of free Will»,, en E. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (primavera), URL= *http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/incompatibilism-theories/.*

CLAYTON, M., 2001: «Rawls and Natural Aristocracy», *Croatian Journal of Philosophy,* 1, 239-259.

CLAYTON, M., y WILLIAMS, A., 1999: «Egalitarian Justice and Interpersonal Comparison», *European Journal of Political Research,* 35, 445-464.

— 2002: «Sovereign Virtue Revisited», *Ethics,* 113, 106-143.

COHEN, G. A., 1989: «On the Currency of Egalitarian Justice», *Ethics,* 99, 906-944.

— 1993: «Equality of What? On Welfare, Goods and Capabilities», en M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.), *The Quality of Life,* Oxford: Oxford University Pres.

— 2004: «Expensive Taste Rides Again», en J. BURLEY (ed.), *Dworkin and His Critics,* Oxford: Blackwell, 2004.

— 2006: «Luck and Equality: A Reply to Hurley», *Philosophy and Phenomenological Research,* 72, 439-446.

— 2008: *Rescuing Justice and Equality,* Cambridge, MA: Harvard University Press.

DWORKIN, R., 1981a: «What is Equality? Part One: Equality of Welfare», *Philosophy and Public Affairs,* 10, 185-246.

— 1981b: «What is Equality? Part Two: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs,* 10, 283-345.
— 1995: «Foundations of Liberal Equality», en S. DARWALL (ed.), *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on Human Values,* Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995.
— 2000: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality,* Cambridge, MA: Harvard University Press.
— 2002: «Sovereign Virtue Revisited», *Ethics,* 113, 106-143.
— 2003: «Equality, Luck and Hierarchy», *Philosophy and Public Affairs,* 31, 190-198.
— 2004: «Replies», en J. BURLEY (ed.), *Dworkin and His Critics,* Oxford: Blackwell.
— 2006: *Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate,* Princeton: Princeton University Press.
EYAL, N., 2007: «Egalitarian Justice and Innocent Choice», *Journal of Ethics and Social Philosophy,* 2, 1-18.
FLEURBAEY, M., 1995: «Equal Opportunity or Equal Social Outcome?», *Economics and Philosophy,* 11, 25-55.
Fourie, C., 2012: «What is Social Equality?», *Res Publica,* 18, 107-126.
FRANKFURT, H., 1969: «Alternate Possibilities and Moral Responsibility», *Journal of Philosophy,* 66, 829-39.
FREEMAN, S., 2007: «Rawls and Luck Egalitarianism», en S. FREEMAN (ed.), *Justice and the Social Contract,* New York: Oxford University Press, 111-142.
HEILMAN, M. E.; SIMON, M. C., y REPPER, D. P., 1987: «Intentionally Favored, Unintentionally harmed? Impact of sex-based preferential selection on self-perceptions and self-evaluations», *Journal of Applied Psychology,* 72, 62-68.
HINTON, T., 2001: «Must Egalitarians Choose Between Fairness and Respect?», *Philosophy and Public Affairs,* 30, 72-87.
HOWARD, J., y HAMMOND, R., 1985): «Rumors of Inferiority: The Hidden Obstacles to Black Success», *The New Republic* (septiembre), 17-21.
HURLEY, S., 2003: *Justice, Luck, and Knowledge,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
KNIGHT, C., y STEMPLOWSKA, S., 2003: «Responsibility and Distributive Justice: An Introduction», en C. KNIGHT y S. STEMPLOWSKA (eds.), *Responsibility and Distributive Justice,* Oxford: Oxford University Press, 1-23.
KYMLICKA, W., 2002: *Contemporary Political Philosophy,* 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
— 2006: «Left-liberalism revisited», en C. SYPNOWICH, *The Egalitarian Conscience: Essays in Honour of G. A. Cohen,* Oxford: Oxford University Press, 9-35.
LIPPERT-RASMUSSEN, K., 2001: «Egalitarianism, Option-Luck, and Responsibility», *Ethics,* 111, 548-579.
MANDLE, J., 2009: *Rawls's A Theory of Justice,* Cambridge: Cambridge University Press.
MASON, A., 2006: *Levelling the Playing Field: The Idea of Equal Opportunity and Its Place in Egalitarian Thought,* Oxford: Oxford University Press.
MATRAVERS, M., 2002: «Responsibility, Luck, and the "Equality of What?" Debate», *Political Studies,* 50, 558-572.
MCKENNA, M., 2009: «Compatibilism», en E. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (invierno), URL= *http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/compatibilism.*
MILLER, D., 1992: «Distributive Justice: What the People Think», *Ethics,* 102, 555-593.
MURRAY, C., 1984: «Affirmative Racism: How Preferential Treatment Works Against Blacks», *The New Republic* (diciembre), 18-23.

NAGEL, T., 1991: *Equality and Partiality,* New York: Oxford. University Press.

NUSSBAUM, M., 2000: *Women and Human Development: The Capabilities Approach,* Cambridge: Cambridge University Press.

OLSARETTI, S., 2009: «Responsibility and the Consequences of Choice», *Proceedings of the Aristotelian Society,* 109, 165-88.

OTSUKA, M., 2002: «Luck, Insurance, and Equality», *Ethics,* 113, 40-54.

— 2004: «Equality, Ambition and Insurance», *Suppl. Proceedings of the Aristotelian Society,* 78, 151-166.

POGGE, T., 1989: *Realizing Rawls,* Ithaca, NY: Cornell University Press, 1989.

RAKOWSKI, E., 1991: *Equal Justice,* Oxford: Oxford University Press.

RAWLS, J. A., 1971: *Theory of Justice,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

— 1993: *Political Liberalism,* New York: Columbia University Press.

— 1999: *Collected Papers,* S. FREEMAN (ed.), Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

— 2001: *Justice as Fairness: A Restatement,* E. KELLY (ed.), Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

ROEMER, J., 1985: «Equality of Talent», *Economics and Philosophy,* 1, 151-188.

— 1993: «A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner», *Philosophy and Public Affairs,* 22, 146-166.

— 1996: *Theories of Distributive Justice,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

— 1998: *Equality of Opportunity,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

SANDBU, M., 2004: «On Dworkin's brute-luck-option-luck distinction and the consistency of brute-luck egalitarianism», *Politics, Philosophy & Economics,* 3: 283-312.

SANYAL, S., 2012: «A Defence of Democratic Egalitarianism», *Journal of Philosophy,* 109, 413-34.

SCANLON, T. M., 1998: *What We Owe To Each Other,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

SCHEFFLER, S., 1992: «Responsibility, Reactive Attitudes, and Liberalism in Philosophy and Politics», *Philosophy and Public Affairs,* 21, 299-323.

— 2003: «What is Egalitarianism?», *Philosophy and Public Affairs,* 31, 5-39.

— 2005: «Choice, Circumstance and the Value of Equality», *Politics, Philosophy and Economics,* 4, 5-28.

SEGALL, S., 2010: *Health, Luck, and Justice,* Princeton: Princeton University Press.

SELIGMAN, M., 2007: «Luck, Leverage, and Equality: A Bargaining Problem for Luck Egalitarians», *Philosophy & Public Affairs,* 35, 266-292.

SEN, A., 1980: «Equality of What?», en S. MACMURRIN (ed.), *Tanner Lectures on Human Values,* Cambridge: Cambridge University Press.

— 1985: *Commodities and Capabilities,* Amsterdam: North-Holland.

— 1993: «Capability and Well-being», en M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.), *The Quality of Life,* Oxford: Clarendon Press, 30-53.

— 2005: «Human Rights and Capabilities», *Journal of Human Development,* 6, 51-66.

STEINER, H., 1992: «Three just taxes», en P. VAN PARIJS (ed.), *Arguing for basic income,* London: Verso, 81-92.

— 2002: «How Equality Matters», *Social Philosophy and Policy,* 19, 342-56.

SWIFT, A., 1999: «Public Opinion and Political Philosophy: The Relation Between Social-Scientific and Philosophical Analyses of Distributive Justice», *Ethical Theory and Moral Practice,* 2, 337-363.

— 2003: «Social Justice: Why Does it Matter What the People Think?», en D. BELL y A. DE-SHALIT, *Forms of Justice,* Totowa NJ: Rowman and Littlefield, 13-28.

— *Political Philosophy: A Beginners' Guide for Students and Politicians,* Cambridge: Polity Press, 2006.

TAN, K., 2012: *Justice, Institutions, and Luck,* Oxford: Oxford University Press.

TEMKIN, L, 1993: *Inequality,* Oxford: Oxford University Press.

TOMLIN, P., 2012: «Can I be a Luck-Egalitarian and a Rawlsian?», *Ethical Perspectives,* 19, 371-397.

VALLENTYNE, P., 2008: «Brute Luck and Responsibility», *Politics, Philosophy & Economics,* 7, 57-80.

VAN PARIJS, P., 1995: *Real Freedom for All,* Oxford: Oxford University Press, 1995.

— 2006: «Basic Income: A simple and Powerful Idea for the Twenty First Century», en E. O. WRIGHT (ed.), *Redesigning Distribution: Basic Income and Stakeholder Grants as Cornerstones of a More Egalitarian Capitalism,* London & New York: Verso, 3-42.

VOIGT, K., 2007: «The Harshness Objection», *Ethical Theory and Moral Practice,* 10: 389-407.

WOLFF, J., 1998: «Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos», *Philosophy and Public Affairs,* 27, 97-122.

DESOBEDIENCIA CIVIL Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA. ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS QUE SE PLANTEAN EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES (Y LA TEORÍA DEL DERECHO) *

Francesco Biondo

Universidad de Palermo (Italia)

RESUMEN. En este artículo trataré de mostrar que la interpretación de la desobediencia civil como una forma de participación política que procura conservar los principios democráticos frente a instituciones legales discriminatorias o fuerzas «destituyentes» se enfrenta a algunos problemas. Para ello se presentarán dos planteamientos: el de RAWLS (que sigue también HABERMAS) y el de los partidarios de un «proceso constituyente». RAWLS propone una serie de criterios de justificación de la práctica de la desobediencia civil demasiado exigentes y no reconoce el hecho de que los destinatarios de estos actos son bastante heterogéneos. Por su parte, los partidarios de la desobediencia civil como una forma de ejercicio del poder constituyente quedan atrapados por la «heterogénesis de los fines». Rechazan el modelo liberal de separación de poderes y apoyan la introducción de algún tipo de mecanismo de control popular en el poder judicial. Pero de esta manera se reduce, o anula, la posibilidad de que los desobedientes eviten la sanción y aumenta el riesgo de que se concentre el poder en el ejecutivo.

Palabras clave: RAWLS, modelos de democracia, desobediencia civil, poder constituyente, separación de poderes.

Civil Disobedience and Political Participation. Some Open Questions Raised in Constitutional Democracies (and Legal Theory)

ABSTRACT. In this article I try to show some problems of the interpretation of civil disobedience as a practice that aims to maintain democratic principles against discriminative legal patterns or oligarchic forces. I will present two doctrines, the Rawlsian (followed by HABERMAS) and the one proposed recently by supporters of a radical constitutional change through the exercise of «constituent power». The Rawlsian account *a)* offers a too stringent model of justification of this type of practice and *b)* does not recognize the plurality of subjects to which civil disobedience appeal. The supporters of radical constitutional change fall into a form of «heterogony of ends». They reject liberal accounts of separation of power and pride popular control of judiciary power. But thus, the possibility of escaping sanctions for those who practice civil disobedience is dramatically reduced. Moreover it increases the risk of concentration of power.

Keywords: RAWLS, models of democracy, civil disobedience, constituent power, separation of powers.

---

* Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2015.

Ponencia presentada en el marco de las XI Jornadas de Filosofía Política en la Universidad de Barcelona el 27 de noviembre de 2014. Expreso mi agradecimiento a Catalina RUZ y Lucia Aparicio CHOFRÉ por la revisión

En este trabajo me propongo a analizar la conexión —abundantemente estudiada— entre la desobediencia civil y las prácticas de participación política. Esta conexión ha sido el centro de todos los planteamientos teóricos que han sostenido el carácter republicano de la práctica de la desobediencia civil, desde H. ARENDT hasta J. HABERMAS, pasando por J. RAWLS[1]. Todos estos autores, que centran su análisis en la observación y la evaluación de los movimientos de protesta primero en los Estados Unidos y luego en Europa, mantienen una posición común[2]: estos movimientos se presentan como un adecuado correctivo en los casos de funcionamiento deficiente de las democracias constitucionales, producido por diferentes causas históricas. Y esta frustración la puso de manifiesto PASSERIN D'ENTREVES ya en 1970 cuando se preguntaba:

> qué sea esta famosa democracia y qué méritos pueda tener un sistema que, partiendo de la reivindicación de la soberanía popular, es decir de los iguales e inviolables derechos de todos los ciudadanos, puede en realidad desembocar en la supresión de aquellos derechos y en la sujeción de la conciencia y voluntad individual a la voluntad y conciencia colectiva (PASSERIN D'ENTREVES, 1970: 221).

Observaciones que también fueron reiteradas N. BOBBIO, durante un congreso celebrado en 1973, al manifestar: «La participación democrática debería ser eficaz, directa y libre: la participación popular en las democracias también las más progresivas no es ni eficaz, ni directa, ni libre» (BOBBIO, 1992: 169-170). Por tanto, muchos de los teóricos que han analizado estas prácticas sostienen que la desobediencia civil constituye una forma de protesta que es coherente con los principios democráticos y que es preciso, y está justificado, llevar a cabo cuando los cauces de participación institucional no logran eliminar aquellas normas que se consideran injustas o no permiten que aquellos sujetos que sufren una discriminación de sus derechos civiles y políticos[3] puedan concurrir de una forma mejor. Asimismo, en el ámbito de la teoría del derecho se extiende la tesis de que los jueces pueden desempeñar una función que permitiría a las minorías perpetuas hacer oír su propia voz[4].

En la actualidad también se pueden encontrar interesantes ejemplos que confirmarían la generalización de esta idea de la desobediencia civil como un ejercicio de resistencia republicana, cuya realización estaría justificada por las restricciones o el mal funcionamiento de los procedimientos de participación política. En el famoso Auto de la Audiencia Nacional a propósito de la acción «asedio al Parlament» se puede leer en la página 29:

---

efectuada de la versión española de este artículo, a los organizadores de las Jornadas y a los profesores Stefano PIETROPAOLI, Silvia BAGNI, Víctor MÉNDEZ BAIGES y Miguel PRESNO LINERA por sus comentarios y a los dos autores de los referees anónimos por su amabilidad y paciencia. La responsabilidad de los errores y las omisiones que se pudieran encontrar en el presente artículo corresponde únicamente al autor.

[1] ARENDT, 1985: 58-65; HABERMAS, 1996: 382-384; RAWLS, 1997: 331-335.

[2] Sin embargo los autores antes citados presentan en sus posiciones matices diferentes en relación con la posibilidad de que el sistema se pueda auto-corregir a través de las normas y de los procedimientos legales, sin acabar con el antiguo régimen. Mientras ARENDT plantea un cierto escepticismo, 1985: 74-77, RAWLS parece manifestar un excesivo optimismo, tal y como se expondrá más adelante.

[3] Entre otros COSI, 1984: 3-4; PATEMAN, 1979: 7-8; MALEM SEÑA, 1988: 183-184; ESTÉVEZ ARAUJO, 1994: 142-147; y más recientemente VITALE, 2010; PISARELLO, 2011: 210-212, PISARELLO, AUSENS, 2014: 175-177; DE LUCAS, 2014: 57-75.

[4] Entre otros, GREENAWALT, 1989: 340; ELY, 1980: ch. 6; ESTÉVEZ ARAUJO, 1994: 75-80; FERRERES COMELLA, 1997: 252-268.

> Cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar[5].

Igualmente, se plantean algunas cuestiones abiertas[6] en relación con la idea de que la desobediencia civil se puede entender como una forma de participación política que tiene como objetivo conservar los principios democráticos frente a las denominadas fuerzas *destituyentes* o poderes fácticos. Unas cuestiones que, tal y como veremos, dejan abierta la puerta a la formulación de las siguientes conclusiones, que a algunos les podrían resultar incómodas.

1) La desobediencia civil es, en primer lugar, un acto de confianza en la capacidad de autoreforma y autodefensa del sistema político (en el modelo rawlsiano-habermasiano) o en la capacidad de participación y la voluntad de la ciudadanía en su conjunto (en el modelo de la desobediencia como «práctica constituyente»). Es decir, se trata de una actitud sumamente cooperativa, y no conflictiva, que implica un elevado coste individual (la amenaza de una sanción penal y una casi segura multa administrativa de naturaleza pecuniaria)[7]. Por tanto, se parte siempre de la idea de que la lucha política tienen un carácter accidental y puede ser resuelta mediante el debate y la participación de los ciudadanos. En relación con este extremo, no resulta casual que aquellos que defienden las prácticas de tipo constituyente no se detengan a analizar: *a)* la posibilidad de que el conflicto entre el poder judicial y el poder legislativo o el ejecutivo sea un conflicto entre poderes que ostentan una legitimación diferente (y que no se trate sólo de una lucha entre «el pueblo» y una élite judicial), *b)* la existencia de conflictos entre derechos. Pero en ambos supuestos el precio que se paga es el de proporcionar un modelo de análisis del ejercicio de la desobediencia civil que se encuentra muy alejado del desarrollo real de este tipo de conflictos en nuestras democracias constitucionales.

2) Estos dos planteamientos sobre el ejercicio de la desobediencia civil no forman parte, tal y como pretenden algunos de sus partidarios, de modelos de democracia alternativos a otros modelos de tipo republicano, liberal o marxista. Ya que en efecto, parece que reproducen alguno de los límites que se aprecian en algunas de estas concepciones[8].

---

[5] Sin embargo, el Tribunal Supremo el 17 de marzo de 2015 condenó a tres años de cárcel a los ocho imputados que previamente habían sido absueltos por la Audiencia Nacional. El texto de la sentencia se puede consultar en el siguiente enlace: *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-la-sentencia-de-la-Audiencia-Nacional-sobre-el-asedio-al-Parlament-de-Cataluna* (consultado el 15 de abril de 2015).

Por tanto, el valor de esta sentencia, calificada como «peligrosa» por muchos analistas, se queda, de momento, en algo anecdótico.

[6] Me refiero a cuestiones «abiertas» en cuanto que se plantean por los autores que voy a analizar, pero éstos no ofrecen argumentos que puedan resolverlas, ni siquiera según las coordenadas teóricas que ellos mismos presentan.

[7] *Vid.* en relación con el desarrollo de estos mecanismos de sanción en España, OLIVER OLMO, 2013. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana perfecciona este aparato sancionador con multas que llegan hasta 600.000 euros (arts. 36, 39).

[8] Los tres modelos se encuentran resumidos en HELD, 2006: caps. 2, 3, 4. Se puede afirmar, como ha sido sugerido por el autor de uno de los referee, que los modelos de democracia presentados por parte de

El planteamiento de RAWLS, seguido por HABERMAS, considera que, por una parte, el respeto de los derechos civiles, incluido también el derecho de propiedad, constituye un límite para la acción de los desobedientes, y, por tanto, parece que resulte más acorde con un modelo «protector» de democracia que con uno «desarrollista»[9]. Por otra parte, a la hora de determinar quién sea el juez último que se encarga de decidir sobre la legitimidad de estas prácticas, RAWLS termina afirmando, de acuerdo con la tradición republicana «desarrollista», que el electorado en su conjunto tiene la última palabra sobre la justificación política de estos actos. Pero de esta forma no tiene en cuenta un logro importante de las democracias constitucionales, que el propio RAWLS parcialmente reconoce, tal y como veremos, en su obra *Una Teoría de la justicia*: la condición primaria para la legitimidad del ejercicio del poder político consiste en el ser sometido a frenos y contrapesos. Son estos procedimientos los que permiten el aprendizaje mutuo (entre los jueces, las autoridades representativas y los ciudadanos) de la interpretación de los derechos y de los principios de justicia. Y esto implica que no hay una autoridad (ni política ni judicial) o un juez final que tenga la última palabra sobre legitimidad de norma contra la que protestan los desobedientes civiles.

El planteamiento de los seguidores de las prácticas constituyentes enriquece la tradición rousseauniana o marxista al enfatizar la función «garantista» del sistema de derechos. Pero, al final, pecan de un optimismo desmesurado en relación en cómo superar la crisis de legitimidad de nuestras democracias. Se asume que la crisis proviene simplemente del carácter elitista y oligárquico de nuestras constituciones. Pero se pasa por alto que es posible que existan conflictos entre autoridades que tienen legitimidades diferentes y conflictos entre derechos. Aunque en el modelo marxista y en el modelo rousseauniano estos conflictos podrían ser zanjados (sacrificando los derechos en favor de la realización de una sociedad sin clases o en aras de la formación de una voluntad popular superior a los intereses, y derechos, particulares), las versiones de este modelo de democracia radical y, a la vez, garantista no pueden seguir estos caminos. A menos que no admitan, por definición, que la democracia radical que tienen en mente es la única que hace que sean eficaces el conjunto de los derechos (civiles, políticos y sociales) para todos los ciudadanos y no sólo para algunas élites.

RAWLS-HABERMAS son de tipo deliberativo, más que liberales, republicanos o marxistas. A estos modelos no les afectarían los problemas que se plantean en este artículo, en cuanto que el ejercicio de un conjunto de derechos sería una condición previa para que se pueda considerar un determinado régimen como una realización del ideal de la democracia deliberativa. El mismo HELD, 2006: cap. 9, señala entre las propuestas que se insertan entre las doctrinas deliberativas de la democracia las formuladas por RAWLS y HABERMAS. *Vid.* también GREPPI, 2006: 49-63, 95-122. Además SMITH, 2004, considera expresamente al modelo de desobediencia civil diseñado por RAWLS como una parte esencial de la doctrina de la democracia deliberativa. Aunque la cuestión del papel de la desobediencia civil en las doctrinas de la democracia deliberativa merecería un estudio detallado, quisiera dejar constancia que el objetivo de este trabajo no es tan ambicioso. Únicamente se intentan presentar las cuestiones que tratan los planteamientos que voy a exponer en relación con la desobediencia civil. Unas cuestiones que son importantes para entender el papel que estas formas de protesta desempeñan en nuestras democracias constitucionales consideradas como realizaciones del ideal de la democracia deliberativa.

[9] HELD, 2006: 70-78, distingue dos versiones de la democracia de tipo liberal: una protectora, en la que los procedimientos democráticos, junto con la separación de poderes, son un medio para evitar la concentración del poder y otra desarrollista, en la que los mecanismos democráticos son un instrumento para la realización del pleno desarrollo de las capacidades de los ciudadanos.

1. EL MODELO DE DESOBEDIENCIA CIVIL COMO UNA FORMA DE RESISTENCIA ESTABILIZADORA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL

Este es el modelo que propone RAWLS, que —podemos afirmar— ha sido aceptado casi por completo por HABERMAS (HABERMAS, 1988: 55-65).

En este modelo se presupone que aquellos ciudadanos que practican la desobediencia civil deben comportarse de una forma particular. No sólo se entiende esta forma de comportamiento en la acepción tradicional propugnada por Gandhi, que los desobedientes no ejerzan la violencia y acepten voluntariamente el castigo. Además estas dos aspectos desempeñarían una función esencial, como es la de demostrar el firme compromiso de los que protestan de conseguir una reforma de las normas que permita al poder jurídico o político mantener su legitimidad y superar la violación de los principios de justicia que lo rigen[10] (en concreto, las violaciones del principio de igualdad de los derechos civiles y políticos y el de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos[11]). Se trata, por tanto, de actos de fidelidad al derecho (*fidelity to law*), no de actos revolucionarios o de expresión de una moralidad individual (RAWLS, 1997: 331-335). El desobediente se responsabiliza públicamente, anunciando —tal y como hizo M. Luther King, que es, sin declararlo, el modelo de ejercicio de la desobediencia civil que RAWLS presenta— la comisión de un acto ilícito con el objetivo de denunciar el carácter injusto de unas normas, apelando al sentido de justicia de una comunidad política en la que sólo formalmente, o no del todo, se consideran vinculantes los principios de igual y máxima libertad individual y de igualdad de oportunidades (es una *nearly just society*). Que la acción sea no-violenta (aunque no se deje claro en qué sentido) y se asuma la sanción son sólo parte de un guión en el que el desobediente se presenta ante los otros ciudadanos como un actor que: *a)* denuncia una injusticia; *b)* no quiere imponer un modelo de acción, y *c)* e intenta convencer a la mayoría de la necesidad moral (en sentido de moralidad política, o justicia de las instituciones) para cambiar las normas injustas con el objetivo de estabilizar las instituciones democráticas casi-justas. En relación con el papel estabilizador de la desobediencia civil RAWLS afirma:

> La desobediencia civil (al igual que la objeción de conciencia) es uno de les recursos estabilizadores del sistema constitucional, aunque sea, por definición, un recurso ilegal. Junto con acciones tales como elecciones libres y regulares, y un poder judicial independiente,

---

[10] En este caso el requisito de la no-violencia no es un medida táctica, sino una cuestión de principio, tal y como ocurre con Gandhi. Pero, N. BOBBIO, desde un planteamiento también liberal, justifica la no-violencia con el argumento, estratégico, en relación con el desequilibrio de poder entre los que protestan y la autoridad: no se puede ganar en violencia al Estado, por tanto es mejor cambiar el tipo de lucha. BOBBIO, 1992: 175-176.

[11] RAWLS (1997: 338-339) asume que las violaciones de estos derechos son siempre manifiestas y, por tanto, justifican la violación de las normas aprobadas por el legislador democrático, mientras que las violaciones del principio de diferencia no son tan claras y en consecuencia no justifican la desobediencia. Está claro que RAWLS asume que un orden de iguales libertades logra siempre en el proceso legislativo un justo compromiso entre los intereses individuales contrapuestos. Pero el propio RAWLS, sobre todo al final de su producción científica (1993: 359-363; 2001: 580-581), observó con preocupación cómo la «maldición del dinero» (*curse of money*), es decir, el control de la agenda por parte de los más ricos a través de la financiación de las campañas electorales, reducía las oportunidades de los más débiles para poder participar en el proceso político. En este caso, medidas como la eliminación de la progresividad de los impuestos o la supresión/reducción masiva de los niveles en la prestación de los servicios públicos básicos producen, sin lugar a dudas, consecuencias en la eficacia de tener, formalmente, los mismos derechos políticos o una igualdad de oportunidades.

> facultado para interpretar la constitución (no necesariamente la escrita), la desobediencia civil, utilizada con la debida moderación y sano juicio, ayuda a mantener y reforzar las instituciones justas. El rechazar la injusticia dentro de los límites de la fidelidad a la ley sirve para evitar las divergencias en relación con la justicia, y para corregirlas cuando se produzcan. Una disposición general para participar en la desobediencia civil justificada introduce una cierta estabilidad en una sociedad bien ordenada, o al menos en una sociedad casi justa (1997: 348).

Para RAWLS están claros los problemas que se presentan. En primer lugar admite que la desobediencia civil es razonable sólo si existe un sentido de justicia común, o si la mayoría está dispuesta a escuchar. Si no los hay, o si las mayorías son egoístas e intolerantes, no se puede pedir a los que padecen discriminaciones que desobedezcan civilmente. Además:

> la mayoría no puede animarse por sí sola a dar los pasos necesarios para suprimir a la minoría y para castigar los actos de desobediencia civil como lo permite la ley. [...] A pesar de su poder superior, la mayoría puede abandonar su posición y consentir las propuestas de los disidentes; su deseo de hacer justicia debilita su capacidad de defender sus ventajas injustas (1997:351-352).

En segundo lugar, aunque RAWLS admite que el ejercicio de la desobediencia civil ofrece un constante diálogo a las autoridades en los Estados constitucionales sobre la justicia de las normas legales, el último juez es siempre el pueblo en cuanto que legislador. Y quién responde reprimiendo las protestas asume la responsabilidad de propiciar la inestabilidad de las instituciones:

> El último tribunal de apelación no es un tribunal, ni el ejecutivo, ni la asamblea legislativa, sino el electorado en su totalidad. Los que incurren en desobediencia civil apelan a este cuerpo. [...] Empero, si la desobediencia civil justificada parece amenazar la concordia cívica, la responsabilidad no recae en los que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad justifica su oposición, porque emplear el aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen derecho a resistir (RAWLS, 1997: 354).

En relación con este planteamiento se pueden presentar al menos dos cuestiones abiertas a la luz de la perspectiva de la desobediencia civil como una práctica de participación democrática.

Primera cuestión: ¿fidelidad a la ley o eficacia?

Hemos visto que RAWLS admite como condición para que se pueda ejercer la desobediencia civil que la mayoría sea sensible a unos principios de justicia o no sea intolerante hacia los desobedientes. De lo contrario no tendría sentido para los que protestan seguir haciéndolo de manera cívica, en lugar de recurrir a comportamientos no-cooperativos más contundentes y que violan aún más los derechos de las mayorías. Pero RAWLS no aclara cuál es la razón que debería convencer a una mayoría apática, pero no intolerante, a hacer algo más que dejar que los desobedientes protesten. Es decir, si los que protestan lo hacen ilegalmente podríamos no sancionarles, pero no cambiar las normas. Y esta posibilidad no se tiene en cuenta abiertamente por RAWLS, que, por otro lado, asume que el desobediente solicita una petición para ser escuchado y no una amenaza. En este sentido Brian BARRY afirma que la teoría de RAWLS

hace parecer a los que ejercen la desobediencia civil como si fueran «niños que lloran hasta que se les presta atención» (BARRY, 1973: 153). Y añade que las huelgas y la destrucción de la propiedad privada siempre han sido las únicas armas en manos de los pobres, mientras que los ricos pueden aprovechar el uso legal de sus recursos como un instrumento de presión. Esta cuestión hace que advirtamos la existencia de una asimetría en el poder contractual entre el desobediente y los miembros de la mayoría, apática pero no intolerante. El desobediente, si quiere ser «civil» y fiel a la ley, debe simplemente protestar, pero nunca, bajo ningún concepto, ocasionar molestias a los individuos que forman parte de la mayoría (al final este es el resultado de la prohibición de violar las libertades civiles de la mayoría que se le impone al desobediente)[12]. De esta manera, en una condición de desinterés de la mayoría (aunque no de intolerancia) la desobediencia será considerada civil sólo si se consiste en un simple acto testimonial de una convicción moral, aunque con una serie de consecuencias que no necesariamente tienen que ser trágicas (es decir, los jueces podrían no sancionar los actos de desobediencia). En este sentido, se producen unos efectos contrarios al enfoque que plantea RAWLS:

1) El desobediente civil se transforma en un objetor de conciencia, cuando la mayoría considera que sus reclamaciones no son acordes a su sentido de justicia. El desobediente debe admitir, en este caso, que no puede aspirar a cambiar el sentido de la justicia de la mayoría, sino que sólo puede aspirar a no ser sancionado.

2) La igualdad entre los ciudadanos justifica que no se sancionen las protestas, pero no parece que imponga, como una obligación moral y no como una simple posibilidad, que la mayoría elimine los obstáculos para alcanzar la igualdad de los derechos políticos, sino que únicamente exige que no se sancione al desobediente.

Por ello, si el fin de la concepción rawlsiana es la estabilización de las instituciones democráticas y constitucionales, aunque casi-justas, esta finalidad no se consigue, en cuanto que el desobediente, en palabras del propio RAWLS, sigue estando sometido a una condición de discriminación y/o dominación[13].

La motivación para llevar a cabo una forma civil de desobediencia choca contra la posibilidad de que la acción no sea eficaz, bien porque las autoridades no escuchan, bien porque las mayorías permanecen indiferentes. En ambos casos, la desobediencia civil como una forma de participación política se reduce a un ejercicio con una finalidad meramente testimonial. No se puede pretender cambiar las situaciones contra las que se lucha si el resto de los poderes, fácticos o normativos, no se toman en serio las reivindicaciones. Esto es lo que sucedió, al parecer, con las protestas de desobediencia civil ocurridas durante los años cincuenta y sesenta del siglo XX en Italia lideradas por Danilo DOLCI, un maestro que organizaba protestas de desobediencia civil siguiendo el modelo de Gandhi con el objetivo de reivindicar el derecho al trabajo constitucionalmente recogido en el art. 4 de la Constitución Italiana en una de las zonas más

[12] «Cualquier violación a las libertades civiles de los demás tiende a oscurecer la calidad de la desobediencia civil del propio acto», RAWLS, 1997: 334.

[13] Además de esta forma perdería sentido el argumento de RAWLS de que los desobedientes deben tener en cuenta las consecuencias que sus acciones pueden provocar en relación con la estabilidad de las instituciones casi-justas (RAWLS, 1997: 340-341). Si al final las protestas se reducen a actos de naturaleza testimonial, parece claro que no hay riesgo de que las instituciones se colapsen por el incremento de las protestas.

pobres de Sicilia[14]. Protestas que siempre fueron castigadas de una manera blanda e incluso toleradas, por parte de los poderes legales y fácticos —haciéndolo precisamente famoso en Europa como un ejemplo de empeño político en la defensa de los más desfavorecidos— pero que no lograron sensibilizar a la mayoría de los electores sicilianos, que siguieron concediendo amplias mayorías al partido político en el poder.

Segunda cuestión: ¿quién me escucha, el juez o la ciudadanía?

¿Se pueden evitar los resultados que se acaban de exponer? Parece que existe una salida. Si la desobediencia es civil en cuanto que pretende modificar algunas normas, sin revolucionar todo el ordenamiento jurídico, entonces el destinatario del acto no sería tanto la ciudadanía sino más bien el poder judicial que podría: 1) absolver al desobediente y, por tanto, asegurar que entre las consecuencias de esta forma de participación no se aplicara una sanción, y 2) anular la norma desobedecida. No es casualidad que algunos afirmen, como el caso de C. TILLY y S. TARROW (2007: 18), que llevar la cuestión ante los tribunales —como por ejemplo ocupar un restaurante que discrimina, de forma legal hasta el momento, a los usuarios— es la forma más institucionalizada de conflicto. De este modo, la desobediencia más eficaz no parece ser la que se refiere a los ciudadanos, que en cualquier caso han tolerado el mantenimiento de normas injustas, sino solicitar tutela judicial de unos derechos o intereses. Este parece ser el caso, por ejemplo, en Italia de los grupos minoritarios por aquel entonces que lucharon por una reforma de la ley del aborto, a través también de acciones de desobediencia civil, encabezadas por los máximos exponentes del Partido Radical que ayudaban, públicamente, a las mujeres a abortar en ambulatorios[15]. Finalmente un paso decisivo para la reforma vino a través de una sentencia del Tribunal Constitucional (la Sentencia núm. 27, de 18 de febrero de 1975) que limitó el ámbito de aplicación de la norma que prohibía el aborto (el art. 546 del Código Penal) declarando inconstitucional aquella parte de la norma que no preveía la posibilidad de interrumpir el embarazo si existía un peligro grave o un daño para la madre.

Desgraciadamente, esto no se adecua al planteamiento formulado por RAWLS que, tal y como hemos visto, atribuye a los electores en su conjunto el carácter de juez final en relación con la legitimidad de los actos de desobediencia civil. La autoridad que puede modificar el ordenamiento jurídico y permitir que se reconozcan las reclamaciones de los que resultan desfavorecidos es siempre (y solamente) el cuerpo electoral. Así pues, tal y como hemos indicado, siempre será éste el destinatario de las protestas, y «el señor del derecho» (y de su legitimidad)[16].

---

[14] En su defensa Pietro CALAMANDREI declaraba que «el juez aplica las leyes según el espíritu de la constitución»; sin este espíritu «las leyes no son más que formulaciones vacías, sucios juegos de juristas sin escrúpulos» (VVAA, 2006: 111). En aquel momento de transición desde el régimen fascista hacia un nuevo régimen democrático «la función de la judicatura, mejor que la de defender una legalidad decrépita, es la de crear de forma gradual la nueva legalidad prometida por la Constitución», VVAA, 2006: 112.

[15] Además esta situación coincide perfectamente con la posibilidad de que se produzca una inacción por parte del legislador motivada por una apatía del cuerpo electoral a la que antes se ha hecho mención. Según un comentarista de la época (BRUTTI LIBERATI, 1975: 456), las prácticas de consejo y ayuda llevadas a cabo en estos ambulatorios eran notorias (y por tanto toleradas) y sólo se sancionaban si se quería obtener una «ejemplaridad».

[16] Sobre la expresión «señor del derecho», *vid.* ZAGREBELSKY, 1995: 150-153.

Pero ¿qué pasa si el juez no reconoce los derechos de los que desobedecen y el legislador no modifica las leyes injustas? En este caso, si nos tomamos en serio las tesis de RAWLS, los desobedientes no tienen otra salida que callarse o seguir estrategias que no se consideren civiles. Por suerte existen otros casos de movimientos de protesta que han tenido éxito y que se alejan del planteamiento defendido por RAWLS. Es el caso de la creación del sindicato de policía en Italia. Las leyes promulgadas desde el año 1944 habían sometido a todos los miembros de las tres fuerzas de seguridad —las *Guardie di pubblica sicurezza*, la *Guardia di finanza* y los *Carabinieri*— a las normas del Código Militar. La razón era sencilla, de esta forma se facilitaba el control de las fuerzas de seguridad cuyos mandos militaban en el partido fascista. Cuando se aprobó la Constitución de 1948 no se realizó ninguna reforma que permitiese la creación de sindicatos o que sometiera a estas fuerzas de seguridad a la legislación civil. La razón de esta inactividad radicaba en el temor a que el ejercicio de las libertades civiles reconocidas a otros funcionarios pudiese poner en peligro la independencia de las fuerzas de seguridad, o mejor dicho su ciega obediencia a las órdenes dictadas por el Gobierno[17]. Y los recursos que se presentaron en los tribunales administrativos fueron sistemáticamente rechazados empleando la motivación de que estar afiliado a un sindicato equivalía a estar afiliado a un partido político, adhesión que el art. 98 de la Constitución prohibía. De este modo, no se consiguió ni siquiera plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de esta ley ya que en ningún momento los tribunales reenviaron el fallo al Tribunal Constitucional[18]. Aunque los actos de desobediencia protagonizados por miles de militares —que desafiando las rígidas normas se reunían en asambleas no autorizadas— se sucedieron desde 1974, fue a través de la aprobación de la Ley 121 de 1981 cuando las reivindicaciones de los desobedientes fueron parcialmente satisfechas. El elemento decisivo no fue el apoyo «del electorado» sino más bien de un grupo de presión, la confederación de los sindicatos, que reivindicaba la reforma. La confederación defendía las tesis de los militares desobedientes con el propósito de ganar nuevas afiliaciones y, sobre todo, mantener el contacto con los futuros representantes sindicales de los cuerpos de seguridad a fin de poder gestionar futuras huelgas[19].

Dejando a un lado la cuestión de quién es el destinatario de los actos de desobediencia civil, se quedan sin resolver dos problemas. El planteamiento de RAWLS no queda del todo claro ni en relación con la posibilidad de que el electorado permanezca apático o simplemente manifieste su tolerancia respecto a las reivindicaciones de los que denuncian presuntas injusticias, ni tampoco sobre el papel que desempeñan los tribunales, en especial los Tribunales Supremos en los Estados constitucionales. Respecto al primer punto, RAWLS considera primordial para el mantenimiento del capital social, esencial para la estabilidad de las instituciones del liberalismo político, el cuidado y el desarrollo de las virtudes cívicas (sobre este tema me remito a BIONDO,

---

[17] *Vid.* sobre el tema DELLA PORTA-REITER, 2003: 268-277.

[18] Sobre el tema *vid.* GIUGNI, 1993: 25.

[19] La reforma tuvo un éxito limitado en cuanto que sólo los guardias de seguridad cambiaron de estatus, pasando a ser funcionarios civiles con la denominación de *Polizia di Stato*, mientras que mantuvieron su condición de militares los *Carabinieri*. Además la ley impuso la creación de sindicatos de carácter autónomo, en los que los representantes debían ser miembros del cuerpo de Polizia (DELLA PORTA-REITER, 2003: 308-320). Sin embargo, como demuestra DELLA PORTA-REITER, 2003: 284-286, la reforma ayudó notablemente a que se produjera un cambio en las prácticas relacionadas con la gestión del orden público.

2011). Es decir, no parece que la mayoría tenga sólo que tolerar o escuchar las reivindicaciones, sino que tiene la obligación de modificar su percepción de la justicia para así reconocer la validez de esas reivindicaciones, al menos si se quiere alcanzar el ideal de una sociedad estable: una sociedad legítima a los ojos de los ciudadanos que se perciben mutuamente como libres e iguales. Pero de esta manera no se entiende por qué habría que considerar como una desobediencia no civil cualquier acción que pudiera violar alguna de las libertades civiles de la mayoría cuando esta no cumple con su obligación de «apoyar una constitución justa» (obligación que RAWLS reconoce en 1997: 342). Respecto al segundo punto, es bien sabido cómo, con el transcurso del tiempo, RAWLS ha matizado su postura, pero ha eliminado cada una de las referencias a las prácticas de desobediencia civil. En *Political liberalism*, el Tribunal Supremo es la instancia de la razón pública, es decir el lugar donde este ideal, necesario para que se pueda gobernar el desacuerdo en relación con las concepciones del bien, se realiza; mientras que en su última obra considera que el diálogo entre el Tribunal y los electores constituye el verdadero teatro de este ideal[20]. Por tanto no se entiende como la centralidad del electorado en cuanto que juez de última instancia en relación con la legitimidad de las reivindicaciones de los desobedientes pueda encajar con este papel central de los Tribunales Supremos como instancia (parcial) de la razón pública. Hay dos posibles razones que podrían explicar este interrogante. Una es de naturaleza histórica, y radica en la experiencia del conflicto acaecido entre F. DELANO ROOSEVELT y la Corte Suprema, que declaró inconstitucionales muchas de las normas del llamado *New Deal*, de tal forma que el presidente después de ser reelegido con una holgada mayoría amenazó con resolver el conflicto a través de una reforma legislativa que le permitía añadir un juez por cada juez que hubiese superado los setenta años (*Court-packing plan*). El conflicto fue zanjado por el simple hecho de que esta amenaza de una posible modificación en la composición de la Corte conllevó un cambio en la orientación jurisprudencial y empujó a la dimisión de uno de los jueces conservadores[21]. Considero que una segunda razón puede encontrarse en el hecho de que, como es bien sabido, *Una teoría de la justicia*, en la que se expone su planteamiento sobre la desobediencia civil, es un ejercicio, de descripción de una teoría de carácter comprensivo, tal y como admitió el propio RAWLS en *Political liberalism* (1993, XVI). Es decir, es una doctrina que describe las instituciones de un Estado democrático liberal en las que se asume que todos los ciudadanos comparten un ideal de la vida buena como una vida en la que se ejerce la autonomía individual y colectiva. Sabemos que este planteamiento no es, en palabras del propio RAWLS, realizable en nuestras sociedades pluralistas en las que se contraponen una serie de concepciones de carácter comprensivo que compiten en el debate público, sin que se imponga una de ellas a través de las normas jurídicas, es decir mediante la fuerza, a costa de las otras. Y es por esto que pienso que cobra un especial protagonismo el Tribunal Supremo y no se pueda considerar como algo que tenga una solución la cuestión de quién es el juez de última instancia en relación con la

[20] RAWLS, 1993: 231-240; 2001: 575-577. Aunque en 1993: 235, nota 22, RAWLS afirma que es necesario que hayan otras instituciones sociales que mantengan de una forma eficaz la razón pública, y cita las medidas de financiación pública en las elecciones y los límites a la financiación privada como instrumentos que protegen la igualdad política.

[21] *Vid.* WIECEK, 2005: 678; SOLOMON, 2005: 233-234. No es difícil entender, a través de una interpretación sistemática de su obra, que RAWLS apoyaría las reformas de ROOSEVELT.

legitimidad de los actos de desobediencia civil. Es decir, no hay un «señor del derecho» (y tampoco una instancia única de la razón pública). Por consiguiente, no es casualidad que RAWLS (1993: 231-235) rechace la supremacía del Parlamento decantándose por un modelo dualista en el que el Parlamento siempre se encuentra sometido a un conjunto de leyes superiores, la Constitución en este caso, cuya interpretación no corresponde únicamente al Tribunal Supremo (1993: 239-240)[22]. Sin embargo, el precio que paga, sin tenerlo que hacer, es dejar al margen de su concepción del liberalismo político su planteamiento sobre la desobediencia civil[23].

2. EL MODELO DEMOCRÁTICO-RADICAL. LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO UNA PRÁCTICA CONSTITUYENTE

Mientras el modelo rawlsiano-habermasiano ha gozado de un gran respaldo en las publicaciones sobre el tema, convirtiéndose en los textos de referencia, hoy se plantean otros modelos de desobediencia civil en los que se elimina el énfasis de su carácter estabilizador y se pone el acento sobre el carácter revolucionario o constituyente de este tipo de prácticas. Estas interpretaciones de las prácticas de desobediencia civil no son nuevas. Ya desde el importante ensayo de ARENDT y más recientemente de la mano de D. LYONS, se ha puesto de relieve como el modelo de la desobediencia civil estabilizador de las instituciones casi justas es un mito. En realidad los que desobedecían en los Estados Unidos durante las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX querían un cambio radical, no se fiaban de unas instituciones que habían permitido primero la esclavitud y luego habían considerado constitucional la segregación. Un orden jurídico similar no merecía obediencia y la propia aceptación voluntaria de la sanción o era un instrumento de proselitismo (ARENDT, 1982: 59-76) o era una demostración de un fanatismo que no permitía plantear la cuestión de la obligación de respetar las leyes injustas en términos racionales (ARENDT, 1982: 48). La no-violencia, el respeto de los principios constitucionales o la referencia a Gandhi se pueden entender como una estrategia de comunicación política en un país donde la mayoría vivía bajo una histeria anticomunista (LYONS, 1998: 48). Además, la cuestión de las formas de resistencia frente a los gobiernos que gozaban de una mayoría parlamentaria no era ajena al debate jurídico-político. Por lo menos en Italia, ya que parte de la doctrina constitucional, a propósito de los gravísimos disturbios ocurridos en julio de 1960 —provocados por la decisión del partido, que ostentaba la mayoría en aquel entonces, la Democracia Cristiana, de formar gobierno con los neofascistas del Movimento Sociale Italiano—,

---

[22] Sería interesante, pero no hay espacio para esto en este artículo, comparar los análisis que RAWLS y HABERMAS realizan sobre el papel del Tribunal Supremo, y las Cortes Constitucionales en general, en los Estados constitucionales. A estas alturas considero que es suficiente destacar que ambos, coherentemente con sus propuestas en favor de una concepción procedimental de la democracia, consideran a las Cortes Constitucionales como facilitadoras del debate y no como simples guardianas de la legalidad constitucional y supremas interpretes de la Constitución (*vid.* HABERMAS, 1996: cap. 6).

[23] Un modelo de democracia deliberativa no necesita, a mi entender, que haya una autoridad final en los conflictos sobre la legitimidad de las normas. Tal y como hemos visto anteriormente, RAWLS acepta la idea de que no hay una única institución que encarne el ideal de la razón pública. Es el mismo diálogo, siempre inacabado, entre el electorado, los jueces y las autoridades representativas el que moldea los fundamentos de la legitimidad de nuestras democracias constitucionales. Por tanto, las cuestiones que los desobedientes civiles trazan siempre pueden volver a plantearse y no pueden ser zanjadas de una vez por todas.

había planteado la posibilidad de justificar la resistencia, incluso aquélla de carácter violento, como una forma de defensa de la Constitución democrática y del ejercicio de la soberanía popular. Es decir como una forma de protección del Estado democrático (AMATO, 1961). Ahora, en tiempos de crisis muy profunda de la legitimidad no es de extrañar que las formas de resistencia que se pueden considerar legítimas no son sólo las que tienden a estabilizar el orden jurídico y moral plasmado en la Constitución, en cuanto que este orden ha sido hoy en día vaciado de contenido por parte de los poderes *destituyentes* a través de la aprobación de reformas constitucionales *express*[24]. En este sentido, se afirma que las manifestaciones de desobediencia civil son un ejercicio de la libertad de expresión y de la participación democrática, orientadas a reivindicar un cambio radical, una nueva Constitución. Estas formas de protestas, en cuanto que ejercicio del derecho a la libertad de expresión y actos de resistencia frente a los procesos de vaciamiento del catalogo de los derechos (en particular de los derechos sociales), no se pueden reprimir si de verdad aceptamos los principios del garantismo que así podemos resumir en palabras de Gerardo PISARELLO y Jaume AUSENS:

> el garantismo se sitúa lejos de la ilusión del buen poder, esto es, del poder que se autolimita de manera graciosa y desinteresada. Por el contrario, supone una actitud de sospecha frente a unos poderes siempre tentados por la arbitrariedad y casi nunca inclinados a la satisfacción o al respeto espontáneo de los derechos. El garantismo, en otras palabras, sabe bien que la bestia nunca se colocará el bozal por sí sola, y que la única manera de erradicar sus coletazos de violencia es a través de la constante generación de espacios de contrapoder social que la obliguen a hacerlo (PISARELLO, AUSENS, 2014: 175-176).

Las características del poder constituyente son objeto de amplio, pero convergente, análisis por parte de diversos autores. MARTÍNEZ DALMAU (2012: 23) afirma que el poder soberano del pueblo es «indisoluble, ilimitado, indelegable, único e indivisible». Y en la misma página se puede leer: «esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática». Según los partidarios de la legitimidad del ejercicio hoy del poder constituyente tales caracteres no se cumplen en nuestras Constituciones de posguerra ni siquiera fuera de España. A este respecto DE CABO (2012: 34) afirma que con el constitucionalismo social se ha alargado el ámbito del *demos*, pero al mismo tiempo se ha reducido su poder (*kratos*) sólo a la delegación: «El *demos* (ahora reconvertido en clase trabajadora) no llegaba a ser un *kratos*». En el mismo sentido, se expresa PISARELLO (2011: 139) que considera a las constituciones europeas de la posguerra como «mixta[s] y moderada[s], en la que el principio democrático, reconvertido en mecanismo de selección de elites, no consiguiera en ningún caso una posición dominante»[25]. La contradicción entre el poder constituyente y la división del poder, o el poder limitado, parece manifestarse otra vez en estas palabras de CRIADO DE DIEGO (2012: 51-52): «El modelo de democra-

[24] *Vid.* en último CRIADO DE DIEGO, 2012: 50; DE LUCAS, 2014: 74-75; PISARELLO, 2014: 156-160.

[25] No está claro si PISARELLO está afirmando que las constituciones de posguerra, entre ellas la italiana, no reconocen normativamente a un solo soberano, es decir el pueblo, y a una sola fuente de legitimidad, el principio democrático, o si simplemente sostiene que las constituciones son mixtas en cuanto que no consiguen, de hecho, alcanzar una forma de gobierno que consiga la soberanía popular y el principio democrático. Por ejemplo, en Italia *vid.* CERRI, 1990: 7, que escribe que la Constitución no es mixta, en cuanto que declara que *«la sovranità popolare è l'unico fondamento del potere»,* y sin embargo, admite que el carácter mixto del gobierno real es un *«dato di fatto non veramente giuridicizzato»,* es decir, una situación de hecho, pero no un principio jurídico.

cia constitucional vigente en nuestros días tiene dos aspectos: uno es el democrático, es decir la autodeterminación social: el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo; el otro es el constitucional, que puede resumirse en la idea de gobierno limitado. [...] De esta suerte, se toma el instrumento, la formalidad jurídica del gobierno limitado, como sustituto del auténtico fin substantivo del constitucionalismo democrático: la liberación humana de las "cadenas", la autodeterminación democrática»[26]. NOGUERA FERNÁNDEZ (2012: 82-83), por su parte, contrapone una concepción de la división de poderes según MONTESQUIEU, elitista y no democrática, a una democrática, siguiendo la crítica que ROUSSEAU realiza del modelo de MONTESQUIEU. Es decir, no dejar al pueblo soberano controlar a sus representantes y a todos los que aplican el derecho[27]. Se decanta, por tanto, a favor de una división de poderes que permita al mismo tiempo «control y vinculación directa con los ciudadanos» (2012: 83)[28]. Y, finalmente, en la conclusión del texto *Por una asamblea constituyente* se afirma por parte de todos los autores ante citados (2012: 151): «Cabe tomar conciencia [*sic*] de que el poder constituyente es fuerza pura, y que esa fuerza entra necesariamente en conflicto con el constitucionalismo defensivo al que se ha hecho referencia. Es la dinámica de las cosas: la renovación colide [*sic*] con el pasado. Por eso tenemos que entender que la activación del poder constituyente significa hacer frente al conflicto, pero desde una posición de fuerza»[29].

Tercera cuestión: ¿garantismo o poder constituyente ilimitado?

Estas anotaciones hacen pensar que la división de poderes deba ser evaluada en la medida en que realice un control efectivo de la actividad de cada poder por parte del pueblo soberano y, en el caso de la judicatura, a través de las elecciones de las altas magistraturas o de los miembros de los consejos del poder judicial. Pero esto parece poner en peligro la idea misma del garantismo como temor a la concentración del poder, de cualquier poder, aunque este recaiga en manos de los que representan al pueblo, directa o indirectamente. Así pues, resulta endeble el nexo que hemos expuesto antes entre el garantismo, la desobediencia civil como una forma de protesta y el poder constituyente.

Sin embargo, el riesgo de la concentración de poder aparece bien expresado en PISARELLO (2011: 200), quien afirma que la propia Constitución Bolivariana de Venezuela contiene, por una parte procedimientos de frenos y contrapesos conforme al ideal republicano, pero, por otra parte, expresa las contradicciones, sobre todo en Venezue-

[26] No queda claro si los autores abogan por una concepción procedimental de la democracia, es decir los procedimientos democráticos se justifican por si solos (a través del ejercicio solamente de los derechos políticos) o si son instrumentos para realizar un ideal de la vida buena (de corte aristotélico) o hacer efectiva una concepción de la justicia. Sobre la diferencia entre las teorías procedimentales y las teorías instrumentales de la democracia *vid.* OTTONELLI, 2012.

[27] El autor sigue su argumentación criticando el hecho de que las funciones de control estén monopolizadas por parte de los partidos políticos. Pero lejos de ser «sorprendente» me parece bastante razonable, teniendo en cuenta la situación de hegemonía que la cultura franquista podía ejercer sobre el cuerpo judicial. Sobre el papel conservador de los jueces en los primeros años de la transición *vid.* PISARELLO, 2014: 152.

[28] *Vid.* también APARICIO WILHELMI, 2012: 123; PISARELLO, 2011, 199.

[29] *Vid.* también PISARELLO, 2014: 172.

la, de formación de una burguesía bolivariana y de un culto a la personalidad del presidente. Es decir, el riesgo de una deriva presidencialista que ya habría permitido que se eliminaran los límites constitucionales a la reelección en el cargo del presidente[30].

Si los partidarios, o algunos de ellos, están al tanto de estos riesgos, no se entiende si el poder constituyente tiene que reconocer esos frenos y contrapesos o si es ilimitado y totalmente creador, tal y como los autores antes mencionados afirman. Estimo que el problema no se resuelve afirmando que el poder constituyente, en la versión ofrecida por estos autores, es ilimitado pero tiene «condiciones naturalmente limitadas» que hacen que sea democrático (y por tanto se trata de condiciones inmanentes del poder constituyente)[31]. La cuestión de la dialéctica entre el poder soberano y los límites necesarios para su legitimidad, sus «condiciones naturalmente limitadas», no encuentra una respuesta suficiente, como parece argumentar MARTÍNEZ DALMAU, sólo con una definición teórica que media entre conceptos que parecen contrarios. Además este autor afirma, con acentos iusnaturalistas, que estas condiciones naturalmente limitadas «no proceden de una decisión racional, sino de la naturaleza de las cosas. Y desde luego no derivan sus consecuencias de su presencia o no en el texto constitucional» (MARTÍNEZ DALMAU, 2014, 104)[32].

No se escapa, por tanto, de la cuestión de la dialéctica entre modelos protectores o desarrollistas de la democracia constitucional. Esta dialéctica, o este conflicto entre dimensiones distintas y no siempre compatibles de la legitimidad, se presentará, por ejemplo, cuando queramos evaluar las ventajas y las desventajas de los diversos procedimientos de control y de división del poder constituido[33]. En este sentido, me atrevería a señalar que abogar a favor de la naturaleza electiva de los miembros de la judicatura (o al menos de los miembros de los consejos de gobierno de la judicatura), antes citada, como un remedio a su carácter profesional y conservador[34], pone en

---

[30] PISARELLO, 2011: 208, y acerca de la misma deriva en Ecuador, PISARELLO, 2014: 124-125. La reelección indefinida del presidente en Venezuela fue en un primer momento, en 2007, rechazada por referéndum y luego aprobada tan sólo dos años más tarde. *Vid.* sobre el tema PISARELLO, 2014: 115-116.

[31] En palabras de MARTÍNEZ DALMAU: «El hecho de que un poder constituyente cuente con límites inmanentes no puede suponer la negación del carácter absoluto (y por ello legitimador) del poder constituyente democrático: cuenta con este carácter absoluto dentro de los márgenes que caracterizan su ser y, por ello, lo condicionan» (MARTÍNEZ DALMAU, 2014: 98).

[32] Por otra parte, esta estrategia argumentativa está bastante extendida en el debate sobre el (presunto) conflicto entre la democracia y los derechos como modalidades diferentes de legitimación del poder. Autores como FERRAJOLI o DWORKIN se consideran exponentes de una doctrina que defiende la única, legítima forma de democracia: aquélla en la que los derechos forman parte de la definición misma de la democracia (*vid.* sobre esta estrategia terminológica, BARBERIS, 2005: 74-76). La misma estrategia creo que se encuentre en HABERMAS cuando afirma que los derechos de participación y los derechos civiles son co-originarios y, por tanto, no pueden ser fuentes contrarias de legitimación, HABERMAS, 1996: 121 y ss.

[33] No es casualidad que autores realistas, desde MAQUIAVELO hasta HOBBES, que abogan por un poder constituyente soberano que se impone frente a otros, vean con recelo todas las formas de división de poderes, en cuanto formas que determinan la ineficacia en el ejercicio de la soberanía y generan conflictos insolubles entre instituciones. *Vid.* CERRI, 1990: 5.

[34] En relación con este punto, tengo que precisar que ROMEO PALACIOS (2014: 271-272) enumera varias modalidades de selección de las altas instancias del poder judicial y constitucional —elección institucional, selección orgánico-participativa, democracia directa, elección corporativa, insaculación— y lo considera «uno de los temas más prioritarios en un proceso deliberativo-constituyente» (272). Por tanto, no afirmo que los autores que abogan por un proceso constituyente no sean conscientes del problema. Me limito a sostener la tesis de que los procedimientos democráticos de selección de estas instancias, aunque formalmente autónomos de los poderes ejecutivo y legislativo (tal y como pide ROMEO PALACIOS, 2014:

serio peligro su necesaria independencia y la legitimidad de su ejercicio. Y esta independencia es, como hemos visto anteriormente, una condición necesaria para que se puedan amparar las acciones de desobediencia civil como un ejercicio de derechos, sin sufrir presiones por parte de las autoridades representativas. Tal como sostiene Luigi FERRAJOLI (1995: 595): «El juez a diferencia de los órganos del poder legislativo y del ejecutivo, no debe representar a mayorías ni minorías. Y el consenso del electorado no sólo no es necesario sino que puede incluso ser peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones de averiguación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas por él juzgadas».

Sin embargo, un autor que aboga por un proceso constituyente, como Francisco ROMEO PALACIOS (2011: 9 n., y 11-15), considera sólo aparente la independencia de los jueces, al menos en España. La elección por parte del Parlamento de la mayoría de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que vigila la actividad y determina la carrera de los jueces, mina la legitimidad de la judicatura como un poder de control, o bastión de la legalidad e instrumento para la defensa de los derechos individuales frente a los abusos de los poderes públicos. Siempre ROMEO PALACIOS rechaza firmemente la idea de que en democracia se pueda aceptar una legitimidad de la función judicial sólo mediante el ejercicio o por la simple sujeción de los jueces a la ley, en cuanto que la labor de interpretación no es políticamente neutral y deja amplios márgenes de discrecionalidad. Es por ello que este autor afirma que «el poder judicial debe tener una legitimidad de origen con base en procesos extractivos de participación popular electiva, participación promocional y consultiva de la sociedad civil-popular (fundamentalmente el tejido asociativo jurídico-humanístico) e incluso el papel de su propia organización corporativa» (2011: 15).

Considero que la solución que presentan los partidarios de los procesos constituyentes peca de un cierto optimismo en relación con la capacidad de que la ciudadanía pueda controlar, a través de procedimientos de elección de los miembros de los Consejos de Gobierno de la judicatura, la labor de los jueces sin intromisiones por parte del poder legislativo o el ejecutivo. En este sentido hay que referir que el propio desarrollo de uno de los experimentos constitucionales más interesantes de Latinoamérica, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, previsto en la Constitución de Ecuador 2008, ha producido un cierto desencanto en relación con la posibilidad de que, a través de esta institución participativa, la sociedad civil, y no los partidos o el poder ejecutivo, pudieran seleccionar a los jueces y a todos los órganos de control del Estado, logrando así una independencia real del Consejo de la Judicatura. Tal y como señala ROMEO PALACIOS (2012: 95), la reforma constitucional de 2011[35], aunque haya sido aprobada mediante un referéndum popular, «disminuirá el control y determinación de esta instancia por parte de la sociedad civil-popular y aumentará la capacidad de sujeción de la función judicial a los partidos hegemónicos» (*vid.* también 2011:

277-278, 284), conllevan el riesgo de reducir la independencia en el ejercicio de la función de control de los poderes públicos.

[35] La reforma del art. 179 de la Constitución de 2008 modifica la composición y elección de los miembros del Consejo de la Judicatura. En palabras de ROMEO PALACIOS (2011: 29, n. 95) «*a)* los integrantes pasan de nueve a cinco, *b)* los candidatos no son elegidos directamente por un proceso que inaugura el Consejo de Participación Ciudadana, sino mediante previas ternas de la Corte Nacional de Justicia, Fiscalía general, Defensor Público, Gobierno y Asamblea Nacional».

29, n. 91). Además, no se puede olvidar que ya un comentarista de la Constitución de Ecuador de 2008 advertía de los riesgos de dejar en manos de la sociedad civil la elección de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en cuanto que «este Consejo no tiene un origen, en principio, ni popular ni meritocrático, sino que provendría de un espacio corporativo-disperso» (Ávila Linzán, 2008: 241).

Desafortunadamente, los pronósticos negativos (Grijalva, 2011: 35-42) sobre una sujeción *de facto* de los jueces al poder ejecutivo parecen cumplirse. En una reciente carta remitida por parte de *Human Rights Watch* al presidente del Consejo de la Judicatura se puede leer:

> En 2012, el Consejo de la Judicatura de Transición designó a los 21 miembros del más alto tribunal de Ecuador, la Corte Nacional de Justicia, así como a sus suplentes, aplicando para ello mecanismos que carecen de la objetividad y la transparencia exigidas por los estándares internacionales relativos a independencia judicial.
>
> Además, sigue la carta, en la mayoría de los casos de destitución de jueces,
>
> el Consejo de la Judicatura consideró que los jueces habían transgredido un artículo del Código Orgánico de la Función Judicial que contiene una redacción vaga y prohíbe a funcionarios judiciales desempeñarse con «dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable». De los 244 jueces que fueron destituidos por el Consejo de la Judicatura de Transición, en 132 casos se invocó el incumplimiento de este artículo; y de los 136 apartados de su cargo entre enero y noviembre de 2013, en 88 casos la decisión se fundamentó aduciendo este motivo[36].

Con esto no quiero sostener que la ciudadanía no pueda controlar de ninguna forma las actuaciones de los jueces, o que no sean necesarias reformas de los procedimientos para la selección de los cargos judiciales más importantes del Estado. Me limito a poner de relieve que considerar a la judicatura como un instrumento de la soberanía popular conlleva el riesgo de «quitar el bozal a la bestia», de concentrar el poder en unas autoridades mediante las cuales el «pueblo habla», en vez de disminuirlo y hacerlo más transparente. Y esto no puede sino reducir, o simplemente anular, la posibilidad de que las prácticas de desobediencia civil que se oponen a los intereses del gobierno no sean sancionadas. Mientras que en otros modelos de democracia, como el modelo desarrollista liberal o deliberativo, sí quedaría espacio para que estas prácticas pudiesen ser amparadas como el ejercicio de un derecho (tal y como abogan los autores antes citados).

Cuarta cuestión: ¿Qué justifica la desobediencia para un enfoque democrático-radical?

La última cuestión trata sobre el fundamento de la justificación de la desobediencia civil bajo un enfoque democrático-radical. Si este se halla en la realización de la soberanía popular, es decir, en el ejercicio efectivo de los derechos políticos (tal y como abogaría también un modelo desarrollista republicano), o en el ejercicio de un conjunto más amplio de derechos que podrían, sin embargo, entrar en colisión con la voluntad que resulta del ejercicio de los derechos políticos.

---

[36] La carta se puede consultar en URL *http://www.hrw.org/es/news/2014/01/29/carta-sobre-independencia-judicial-en-ecuador* (consultado el 5 de septiembre de 2014).

Si en nuestros regímenes, donde el sufragio es universal y no hay restricciones formales a la posibilidad de que se presenten nuevos partidos o movimientos (a excepción de aquéllos que se consideran vinculados con grupos terroristas), la desobediencia civil intenta restaurar los principios democráticos, en contra del dominio de las élites, se debe asumir que las mayorías que gobiernan no representan en realidad al pueblo, sino a una minoría de pudientes que persuade a una mayoría de ciudadanos apáticos o manipulados. Pero ¿quién asegura que los que desobedecen tengan más argumentos que los que no lo hacen? Se podría afirmar que en casos, no peregrinos, de conflicto de valores, o entre derechos o de incertidumbre sobre los remedios, las preferencias de los que desobedecen resultan más valoradas que las de los que acatan la ley[37]. Nos enfrentamos por tanto a una encrucijada. O es legítima la desobediencia y, por tanto, no debe ser sancionada (en cuanto que se protesta para que se hagan efectivos unos derechos civiles o sociales) o es legítima la sanción a los que la ejercen (en cuanto que si no se sancionan las violaciones de la ley fruto del ejercicio de los derechos políticos se tratarían de mejor forma a aquellos que desobedecen respecto a los que obedecen). Se podría responder, siguiendo a los autores anteriormente citados que se muestran partidarios de un poder constituyente, que este argumento es un sin sentido. Se protesta para movilizar exactamente a los que no se percatan de que es posible un cambio (y por tanto no ejercen de verdad sus derechos sino que se limitan a participar en las elecciones), o que tienen unos derechos (sobre todo sociales) más allá de los derechos políticos (a una vida mejor, a una vivienda digna, a una educación, etc.). Sin embargo, así se admite que los principios democráticos a los que el desobediente se refiere tienen por objeto los derechos sociales y civiles más que los políticos. Por tanto, son estos derechos los que justifican las acciones de desobediencia civil. No es el hecho de que unas posiciones no entren en la agenda política o no sean aceptadas por parte de la mayoría, por miedo, ignorancia o resignación. Es decir, es la idea de que cada poder, también el constituyente, está legitimado en cuanto que intenta hacer efectivos unos derechos sociales y civiles[38] que hacen que esté justificada la violación de la ley, no la idea de que los que protestan encarnen la voluntad popular, o un poder constituyente, que una mayoría apática aún no se ha percatado que tiene. Por ello, el planteamiento de que el ideal de la soberanía popular justifica los actos de desobediencia debe acompañarse con la idea de que sólo el soberano que respeta los derechos, más allá de los derechos políticos, merece ser obedecido. Sin embargo, la posibilidad de un conflicto entre derechos hace más débil la idea de que la soberanía popular constituya la única fuente de legitimidad. Si asumimos que el legislador, en cuanto que expresión de la

[37] J. WALDRON argumenta que lo que cuenta al afirmar la primacía de las decisiones del poder legislativo sobre la de los otros poderes, como por ejemplo, el judicial, no es la expectativa de que nuestro voto sea decisivo, sino el deshonor de sentir que nuestras preferencias valen menos que las de otros ciudadanos (1999: 235-248). Por tanto, siguiendo un planteamiento democrático como el de WALDRON, debemos asumir que cada vez que no aplicamos una sanción a los que desobedecen o cambiamos la agenda con el fin de reconocer sus reivindicaciones no estamos tratando por igual a los que, aunque no la aceptan y quieren cambiarla, acatan la ley.

[38] Este punto aparece claro en dos extremos de la argumentación de MARTÍNEZ DALMAU. Cuando habla de condiciones naturalmente limitadas hace referencia a la idea de que el poder constituyente es un poder evolutivamente emancipador, y por tanto tiene por objeto la garantía de los derechos (2014: 101-102). Y sucesivamente (2014: 114-115) el autor expresa claramente la idea de que la dialéctica entre el poder constituyente y el poder constituido es interpretable como una lucha por los derechos: «La historia de la democracia puede resumirse en la lucha por los derechos y por tanto, la historia del constitucionalismo democrático frente al oligárquico o elitista».

voluntad popular, es el único órgano que resuelve los conflictos entre derechos, se nos presenta el siguiente problema: cada forma de desobediencia civil que tenga por objeto los derechos civiles o sociales violados por el legislador, como por ejemplo en temas como la legislación sanitaria (el aborto, el testamento biológico o el suicidio asistido), se podría considerar como un intento de imponer una cierta posición moral a costa de la voluntad popular. Este problema no se tiene debidamente en cuenta en el modelo de democracia radical antes presentado. Este modelo pretende delinear una idea de democracia acorde con un ideal emancipador para todos los ciudadanos. Pero esta concepción de un modelo de democracia en la que la soberanía popular se ejerce respetando *todos* los derechos no puede sino asumir que los conflictos entre los derechos son accidentales. Son el fruto de un incompleto proceso de emancipación que se puede llevar a cabo a través de la participación popular. Nos podemos cuestionar, sin embargo, si el modelo de democracia radical presentado por estos autores no mantenga un parecido (no casual) con la tesis marxista del fin de la política en la sociedad comunista (*vid.* HELD, 2006: 108-116). En ambos casos, parece que el conflicto entre los valores o los derechos sea solamente una cuestión determinada por una fase histórica contingente y no por una condición inevitable de cada sociedad. Y la sucesión constante de acciones de desobediencia civil en nuestras democracias es un recordatorio de esta condición inevitable de la existencia de un conflicto entre valores o derechos.

3. CONCLUSIÓN: LA LUCHA POR LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL SIN SEÑORES DEL DERECHO

¿Cómo podemos solucionar los problemas que antes hemos expuesto? Creo que es posible encontrar una posición intermedia entre estos dos planteamientos.

En primer lugar, a diferencia de RAWLS, hay que aclarar que la desobediencia civil implica el recurso a una serie de estrategias que no tienden sólo a convencer a los otros ciudadanos sino que pretenden lograr la reforma de una norma. Por tanto, no se trata sólo de un debate sino de una forma de «lucha política» (*contentious politics*) o de «lucha por los derechos».

En segundo lugar, a diferencia de RAWLS y de los partidarios de los procesos constituyentes, hay que admitir que no es la ciudadanía el juez último de la legitimidad de las prácticas de desobediencia civil. Aunque esto parece que se encuentre implícito en un planteamiento democrático, conlleva dos tipos de problemas: a) no considerar como una oportunidad el recurso a instancias jurisdiccionales, como hemos expuesto en el caso del aborto, b) empujarnos a aceptar la idea de que la fuente de toda legitimidad es la soberanía popular. Además, la idea de que el poder constituyente representa la soberanía popular conlleva los dos problemas que hemos expuesto anteriormente: cómo explicar que un poder ilimitado pueda autolimitarse en el momento en que nacen los poderes constituidos y si es el respeto de los derechos (sobre todo de los derechos civiles y sociales) y no simplemente el principio de autogobierno (es decir, los derechos políticos) lo que justifica las prácticas de desobediencia civil.

Una posible salida a estos problemas pienso que se puede hallar si aceptamos que en un Estado democrático constitucional no hay instituciones que puedan tener la «última palabra» sobre los fundamentos de la legitimidad y, por tanto, en relación

con los límites a los cambios legales[39]. En este caso, ni siquiera en el pueblo que emprende un proceso constituyente puede considerarse un poder ilimitado, al menos si estimamos que este poder tiene unas «condiciones naturalmente limitadas» o si abogamos por un ejercicio de este poder con el objetivo de alcanzar un ordenamiento jurídico en el que «la bestia tenga un bozal». Así pues, es cierto que la desobediencia civil se puede considerar como una práctica de carácter democrático, pero con matices. En primer lugar, el modelo de democracia en el que la desobediencia civil tiene una función de estímulo del debate sobre los déficits de legitimidad es un modelo deliberativo, más afín al modelo de democracia protectora, que al modelo radical o constituyente, de tradición rousseauniana y marxista, que hemos expuesto antes. De hecho, en este último modelo la separación de poderes y su mutuo control parecen más unos accidentes que se resuelven a través de una ciudadanía virtuosa que precondiciones necesarias para la realización de los derechos fundamentales. Pero de esta forma peligra el ideal garantista que es parte integrante del *background* teórico de los autores antes mencionados. En segundo lugar, hay que reconocer que los movimientos de desobediencia civil que consiguen amparo legal, demuestran cómo las fuentes de legitimidad en los Estados constitucionales no son unitarias, sino diferentes y algunas veces contrarias, y por esto no hay un «señor del derecho»[40]. La legitimidad democrática del poder ejecutivo y legislativo está limitada por la legitimidad del ejercicio del poder judicial cuando a ésta le demandamos el control de la legalidad y la garantía de los derechos fundamentales, también en los casos en los que se produce una omisión o inacción de los poderes públicos. A este propósito, hay que tener en cuenta que PISARELLO aboga por la existencia de una declaración de inconstitucionalidad por omisión tal y como se contempla en el caso de los jueces constitucionales en Brasil (2011: 190, n. 39) y ahora en Venezuela, Bolivia y Ecuador[41]. Esta propuesta es coherente con el planteamiento que concibe a los derechos sociales unos derechos de prestación justiciables frente a las omisiones de la administración. Pero de esta forma se coloca al juez constitucional en una posición central en el sistema de gobierno del país más allá de la posición de «legislador negativo» de tipo kelseniano[42]. En este caso al juez constitucional no le pedimos que controle solamente los actos del poder legislativo y ejecutivo, sino que le otorgamos el poder de sancionar también su inactividad y, por tanto, justificamos su activismo en nombre de la garantía de los derechos. Y así aumentan los riesgos de un conflicto entre poderes con legitimidad diferente[43]. Unos,

---

[39] Esta idea de que en los Estados constitucionales ningún poder constituido tiene la última palabra sobre los fundamentos de legitimidad constitucional se encuentra en BARBERIS, 2005: 78-80.

[40] «Los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier "señor del derecho" hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos», ZAGREBELSKY, 1995: 153. Sobre el tema me permito remitir a BIONDO, 2012: cap. 2.

[41] APARICIO WILHELMI (2012: 111) considera también el recurso por omisión previsto en las constituciones de Ecuador y Bolivia como un instrumento avanzado de garantía de los derechos. Sobre la nulidad por omisión en las constituciones latinoamericanas *vid.* STORINI, ESCUDERO SOLIZ (2011).

[42] Sin embargo RENTERÍA DÍAZ, 2002: 131-135, muestra cómo según KELSEN la Corte Constitucional forma parte del órgano legislativo y, por tanto, una institución con una legitimación ambigua.

[43] No es casualidad que FERRAJOLI, 2011b: 94-95, considere el caso de la Constitución de Brasil como «escasamente práctica» frente a la práctica común de las sentencias aditivas. Mientras en las sentencias aditivas

el ejecutivo y el legislativo, con una legitimidad de entrada, a través de la elección y eventualmente la revocación, mientras que los jueces deberían ser independientes y gozar solamente de legitimidad de ejercicio (tal y como FERRAJOLI afirma en 2011a: 827-836)[44]. Hemos visto que esta dialéctica entre autoridades con legitimidades diferentes no se puede resolver con una simple reforma de los mecanismos de selección de los miembros de los órganos de gobierno (o autogobierno) de los jueces, tal y como los partidarios del ejercicio del poder constituyente propugnan. Siempre existe el riesgo de que se pase, amparándose en la consecución de una mayor democracia, de una actitud formalista y elitista a una dependencia de hecho por parte de los jueces de las órdenes del poder político y, por tanto, frustrar los intentos de limitar el poder y de controlarlo a través de procedimientos jurídicos y transparentes. De este modo, el aprecio de estos autores por las prácticas de desobediencia civil como una forma de lucha por los derechos puede resolverse, finalmente, en una cruel ironía o en una trágica «heterogénesis de los fines».

BIBLIOGRAFÍA

AMATO, G., 1961: «I fatti di luglio, il diritto di resistenza e l'incriminazione dello sciopero politico», *Democrazia e Diritto*.

APARICIO WILHELMI, M., 2012: «Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur», en VVAA.

ARENDT, H. 1985: *La disobbedienza civile e altri saggi* (1970), Milano: Giuffrè.

ÁVILA LINZÁN, L. F., 2008: «La constitucionalización de la administración de la justicia en la constitución de 2008», en R. ÁVILA SANTAMARÍA (ed.), *La constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos.

BARBERIS, M., 2005: *Etica per giuristi*, Roma-Bari: Laterza.

BARRY, B., 1973: *The Liberal Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.

BIONDO, F., 2011: «Las virtudes cívicas y la cuestión de la estabilidad. ¿Hacia un perfeccionismo liberal?», *Derechos y Libertades* (25).

— 2012: *Disobbedienza civile e teoria del diritto*, Torino: Giappichelli.

BOBBIO, N., 1992: «La resistenza all'oppressione, oggi», en N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi.

BRUTTI LIBERATI, E., 1975: «Aborto e legge penale», *Quale Giustizia* (34-35).

CERRI, A., 1990: «Poteri (divisione dei)», *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

COSI, G., 1984: *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano: Giuffrè.

CRIADO DE DIEGO, M., 2012: «El proceso constituyente español de 1977-1978: un marco político insuficiente en la actualidad», en VVAA.

---

la Corte declara ilegítima una norma ya existente, en el segundo caso la Corte insta el legislador a legislar, indica que existe una laguna pero no la resuelve produciendo una norma.

[44] No hay que olvidar, sin embargo, que FERRAJOLI asume que esta legitimidad por ejercicio es posible en la medida en que el juez se limita a declarar el derecho (*ius-dicere*) y no lo crea. Hemos visto que autores que abogan por el proceso constituyente, como ROMEO PALACIOS, no comparten esta idea y asumen como inevitable que los jueces jueguen el papel de creadores de derecho.

De Cabo de la Vega, A., 2012: «El fracaso del constitucionalismo social y la necesidad de un nuevo constitucionalismo», en VVAA.

de Lucas, J., 2014: «Desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía», *Derechos y libertades* (31).

Della Porta, D., y Reiter, H., 2003: *Polizia e Protesta*, Bologna: Il Mulino.

Ely, J. H., 1980: *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Estévez Araujo, J. A., 1994: *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L., 1995: *Derecho y razón* (1989), Madrid: Trotta.

— 2011a: *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia. Vol. I, Teoría del derecho* (2007), Madrid: Trotta.

— 2011b: *Principia Iuris, Teoria del derecho y de la democracia. Vol. II, Teoría de la democracia* (2007), Madrid: Trotta.

Ferreres Comella, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Giugni, G., 1993: «Libertà sindacale», *Digesto discipline privatistiche. Sezione commerciale*, vol. IX, Utet.

Greenawalt, K., 1989: *Conflicts of Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.

Greppi, A., 2006: *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid: Trotta.

Grijalva, A., 2011: «Independencia judicial y derechos en Ecuador», *Ecuador Debate* (83).

Habermas, J., 1988: *Ensayos Políticos* (1981), Barcelona: Península.

— 1996: *Between Facts and norms* (1992), Cambridge Mass.: MIT Press.

Hall, K. L. (ed.), 2005: *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2.ª ed., New York: Oxford University Press.

Held, D., 2006: *Models of democracy*, third edition, London: Polity Press.

Lyons, D., 1998: «Morality, Historical Reality and Civil Disobedience», *Philosophy and Public Affairs*, 27, 1.

Malem Seña, J., 1988: *Concepto y Justificación de la Desobediencia Civil*, Barcelona: Ariel.

Martínez Dalmau, R., 2012: «La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos. Avances y retrocesos», en VVAA.

— (ed.), 2014: *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia: Tirant lo Blanc.

— 2014: «El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática», en R. Martínez Dalmau (ed.).

Noguera Fernández, A., 2012: «La incapacidad de la Constitución española de 1978 como marco jurídico para una transformación democrática, en VVAA.

Oliver Olmo, P. (ed.), 2013: *Burorrepressión*, Madrid: Bomarzo.

Ottonelli, V., 2012: *I Principi procedurali della democrazia*, Bologna: Il Mulino.

Palacios Romeo, F., 2011: «El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (en torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *quis custodiet ipsos custodes?*)», *Revista general de derecho público comparado* (9).

— 2012: *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica*, Cizur Menor: Aranzadi.

— 2014: «Del proceso destituyente al debate constituyente. 10 elementos para una democracia radical», en Martínez Dalmau.

PASSERIN D'ENTREVES, A., 1970: *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milano: Comunità.

PATEMAN, C., 1979: *The problem of political obligation. A critical analysis of liberal theory*, Chicester: Wiley & Sons.

PISARELLO, G., 2011: *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid: Trotta.

— 2014: *Procesos Constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid: Trotta.

PISARELLO, G., y AUSENS, J., 2014: *La Bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Madrid: Catarata.

RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*, Cambridge Mass.: Belknap Press.

— 1997²: *Teoría de la justicia* (1971), Madrid: Fondo de Cultura Económica.

— 2001: «The idea of public reason revisited», (1997), en S. FREEMAN (ed.), *Collected Papers*, Harvard: Harvard University Press.

RENTERÍA DÍAZ, A., 2002: «Giustizia costituzionale e sfera dell'indecidibile in Luigi Ferrajoli», *Teoria politica*, XVIII, 1.

SMITH, W., 2004: «Democracy, deliberation and disobedience», *Res Publica*, 10.

SOLOMON, R. L., 2005: «Court-Packing Plan», en K. L. HALL.

STORINI, C., y ESCUDERO SOLIZ, J., 2011: «El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», *Revista general de derecho público comparado*, 9.

TILLY, C., y TARROW, S., 2007: *Contentious Politics*, Boulder-London: Paradigm.

VICIANO PASTOR, R., 2012: «La activación del poder constituyente en España y sus causas jurídicos», en VVAA.

VITALE, E., 2010: *Difendersi dal potere*, Roma-Bari: Laterza.

VVAA, 2006: *Perché l'Italia diventi un paese civile. Palermo 1956: il processo a Danilo Dolci*, Napoli: L'ancora del Mediterraneo.

— 2012: *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Madrid: Sequitur.

WALDRON, J., 1999: *Law and disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

WIECEK, W. M., 2005: «New Deal», en K. L. HALL.

ZAGREBELSKY, G., 1995: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid: Trotta.

LOS DILEMAS DE LA LAICIDAD POSITIVA: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CASO PERUANO *

Betzabé Marciani Burgos
Pontifica Universidad Católica del Perú

RESUMEN. El *retorno del fenómeno religioso,* que se produce en el contexto de la denominada crisis de la modernidad, ha puesto en entredicho los alcances del proceso de secularización de las sociedades occidentales. Hoy se discute el papel que debería cumplir la religión en el ámbito público y su incidencia en el modelo de laicidad de los Estados constitucionales. De este modo, los conceptos de laicidad y de neutralidad estatal, propios de la tradición liberal, son cuestionados por algunos autores y se proponen modelos alternativos de relación entre Estado e Iglesia (o Iglesias), sobre la base de una concepción positiva de la libertad religiosa y de una valoración de lo religioso (y de ciertas religiones) por su trascendencia cultural o social. El propósito de este trabajo es cuestionar los alcances de la llamada laicidad positiva y sus efectos en la protección de los derechos de libertad e igualdad, con especial referencia al caso peruano.

Palabras clave: Secularización, laicidad, neutralidad, libertad religiosa, libertad positiva.

The Positive Laicism Dilemmas: an Analysis of the Peruvian Case

ABSTRACT. The return of the religious phenomenon, made in the so-called modernity crisis context, has brought into question the significance of the occidental societies' secularization procedure. Nowadays, we discuss the role that the religion should fulfill in the public sphere and its influence in the constitutional states' laicism model. In this way, the state's laicism and neutrality, concepts of liberal tradition, are questioned by some authors and alternative models of the relationship between State and Church (or Churches) are being proposed. This made on the basis of a positive conception of the religious liberty and an assessment of the religious (and some religions) by their cultural or social significance. The purpose of this work is to question the significance of the so-called positive laicism and its effects in the protection of the liberty and equality rights, with special reference to the Peruvian case.

Keywords: Secularization, laicism, neutrality, freedom of religion, positive liberty.

* Fecha de recepción: 15 de abril de 2015. Fecha de aceptación: 4 de junio de 2015.

Este trabajo es parte del proyecto de investigación denominado *Cuestionamientos a la aplicación del principio de laicidad en el Estado peruano*, ganador del Concurso Anual de Investigación 2013, y que ha sido financiado por la Dirección de Gestión de la Investigación (DGI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es cuestionar el modelo de laicidad positiva que, según sus defensores, habría sido adoptado por el texto constitucional peruano, modelo que se ubicaría en un punto medio entre el laicismo (agresivo frente a la religión) y el compromiso de tipo confesional.

La defensa del modelo de laicidad positiva se da en el contexto de la apertura al discurso religioso en el ámbito público y coincide con el llamado *retorno del fenómeno religioso* y el declive del proceso de secularización. Si bien el problema de la laicidad del Estado se ubica en el ámbito de la discusión filosófico política y jurídica, mientras que la discusión en torno a la secularización corresponde al ámbito sociológico, los cambios experimentados en las sociedades post seculares han influido en la discusión en torno a la laicidad de los actuales Estados constitucionales. Por esa razón, este trabajo empezará con una aproximación al debate sobre el retorno del fenómeno religioso en las sociedades democrática de hoy.

El retorno de lo religioso se ha manifestado en una revalorización del discurso religioso en la esfera pública. Además de los problemas que ello puede suscitar en relación con el tipo de razonamiento que debería corresponder a la deliberación de los asuntos públicos en las sociedades democráticas, dicha revalorización tiene incidencia en el modelo de laicidad que se adopte y, particularmente, en la idea de una laicidad positiva supuestamente abierta a la participación de lo religioso en el ámbito público. Este tema será tratado en el segundo apartado de este trabajo.

Las tres últimas secciones del artículo se refieren, de forma más específica, a la cuestión de la laicidad y al caso peruano. Tomando en cuenta los propósitos de este artículo, la discusión acerca de la laicidad del Estado no abarcará los diversos y complejos procesos presentados en otros países de la región y que merecerían un tratamiento aparte. Por su similitud con el caso peruano, sí se hará especial mención al caso español.

1. EL MITO MODERNO DE LA SECULARIZACIÓN Y EL RETORNO DE LO RELIGIOSO

Como señala Jürgen HABERMAS, el *cambio de época* —que va de fines de los años ochenta a inicios de los noventa— ha supuesto una revaloración del significado político de la religión en el mundo entero (HABERMAS, 2006: 121); pero, principalmente, ha significado la puesta en cuestión de uno de los pilares básicos del modelo occidental del Estado democrático de derecho: el concepto de secularización o de laicidad del Estado[1].

[1] Aunque varios de los autores los usan de forma indiferente, MACLURE y TAYLOR sostienen que debe evitarse confundir *laicización* con *secularización*: «La laicización es el proceso por el que el Estado afirma su independencia respecto a la religión, mientras que uno de los elementos de la secularización es la erosión de la influencia de la religión en las prácticas sociales y en la forma de vivir la vida personal. Si la laicización es un proceso político que se inscribe en el derecho positivo, la secularización es más bien un fenómeno sociológico que se encarna en los conceptos del mundo y en la forma de vida de las personas» (MACLURE y TAYLOR, 2011: 28).

El mensaje optimista de la teoría de la modernidad, propio de la década de los cincuenta, apuntaba a que la mayor satisfacción de las demandas de recursos, asociadas a los conflictos de intereses, supondría una reducción de los conflictos de tipo ideológico y de los basados en la identidad. Los efectos de la industrialización, el incremento de los centros urbanos y la secularización reducirían el significado de categorías como las de *creer* o *ser* y enfatizarían la del *tener.* De este modo, los conflictos sociales se reconducirían a la vía de los conflictos económicos (OFFE, 1998: 121-122).

Sin embargo, las promesas de la modernidad no se cumplieron y, como se advierte, hoy existe una proliferación de demandas basadas en la identidad y una presencia cada vez mayor en el ámbito público de elementos vinculados a concepciones comprehensivas y creencias antes restringidas al ámbito privado (un ejemplo de ello es el llamado resurgimiento del tema religioso).

La idea de progreso de la modernidad estaba ligada a una concepción racionalista y cientificista, así como a una concepción secularista que tiene su fuente en el ateísmo ilustrado y desde cuyo punto de vista la experiencia religiosa —entendida como un residuo del pensamiento mágico de nuestras primeras etapas de evolución— poco a poco sería superada por la lógica del conocimiento y el desarrollo[2]. A esta visión responde, por ejemplo, un cierto tipo de intelectual que —en opinión de Peter BERGER (BERGER, 2008)— ha terminado por reproducir un pensamiento tan fundamentalista como el que denunciaba respecto de sus oponentes creyentes. Se trata de un esquema de pensamiento cuya ceguera ha sido incapaz de entender y anticipar los cambios producidos en los últimos años en el mundo en torno al fenómeno religioso[3].

El *retorno* de lo religioso puede ser explicado de diversas formas, a partir de lo que el fin de las promesas de la modernidad y el surgimiento de la globalización (principalmente de su modelo económico neoliberal) han significado en cada contexto.

Aunque como advierten BERGER, FERRARA e incluso HABERMAS, en los Estados Unidos no es posible hablar de un retorno de la religión, en la medida que éste ha sido un elemento profundamente enraizado en la cultura norteamericana, para algunos autores, la acentuación de la dimensión público-política que ha adquirido la religión

---

[2] Para HABERMAS, esta versión de ciudadanos seculares, que aún pervive, considera a las tradiciones religiosas y a la religión como «una reliquia arcaica de las sociedades premodernas» y en esa medida es imposible incluirlos en el tipo de diálogo cooperativo que propone el autor, y que analizaremos luego (HABERMAS, 2006: 146).

Para una sugerente crítica a la agresiva actitud racionalista e ilustrada, defendida por varios autores liberales actuales frente al fenómeno religioso, *vid.* el agudo ensayo de Terry EAGLETON, *Razón, fe y revolución* (2012).

[3] Según BERGER, por ejemplo, el fenómeno de *europeización de la elite cultural* norteamericana (acentuadamente secularista) —ocurrida a partir de los años treinta del siglo pasado— puede explicar la perplejidad con que ha sido percibida la acentuación de la manifestación pública de lo religioso en los Estados Unidos en los años recientes. Y es que, sobre la base de una concepción secularista propia de algunos países europeos (principalmente del modelo francés), se pretendió ocultar lo que siempre fue una realidad latente en la sociedad norteamericana, esto es, el hecho de ser una sociedad profundamente religiosa (probablemente, como dice el autor, la sociedad más religiosa del mundo occidental). Lo que se ha producido en los Estados Unidos (pero también en otros países como la India o Turquía), no ha sido un resurgimiento del fenómeno religioso —pues éste nunca se fue—, sino, más bien, una mayor presencia de éste en el espacio público.

De la misma opinión es Alessandro FERRARA, para quien la presencia del fenómeno religioso en las sociedades occidentales ha sido permanente, aunque ocultada por la ceguera de la ideología de la secularización (FERRARA, 2007).

en años recientes corresponde a la enorme fuerza que ha ido tomando el movimiento evangélico y que puede explicarse como una consecuencia de los tiempos de inseguridad y fragilidad en que vivimos. Para FRASER, por ejemplo, el auge del evangelismo en los Estados Unidos es producto de lo que ella denomina «la sociedad de la inseguridad», que describe la situación actual de la sociedad norteamericana:

> Esta sociedad es la heredera de «la sociedad del bienestar», que está asociada a la socialdemocracia del periodo anterior. A diferencia de esta última, la nueva sociedad institucionaliza una mayor inseguridad en las condiciones de vida de muchas personas. Como observé antes, disminuye las prestaciones sociales a la vez que institucionaliza formas más precarias de trabajo asalariado, que incluyen la subcontratación, el trabajo temporal y el trabajo no sindicalizado, con salarios bajos y escasos beneficios. La consecuencia es una mayor inseguridad, a la que da respuesta el cristianismo evangélico (FRASER, 2008: 202).

Los actuales tiempos de incertidumbre y fragilidad —la «modernidad líquida» a la que se refiere Zygmunt BAUMAN (BAUMAN, 2006)—, permitirían explicar el resurgimiento del fenómeno religioso en el contexto de otras sociedades occidentales, beneficiadas por el desarrollo económico, pero signadas también por el sentimiento de ansiedad que parece acompañar a este modelo de desarrollo.

Para Tony JUDT, por ejemplo, el fin del Estado de bienestar en Europa, la adopción de un modelo económico que convierte la sociedad en una sociedad de desempleo y subempleo, y el desprestigio de lo político y los políticos han abierto las puertas a la religión y a otras experiencias que apuntan a colmar nuestras expectativas éticas o de dirección moral. Eso explicaría, por ejemplo, la gran aceptación popular que han tenido ciertas personalidades religiosas (como el papa Juan Pablo II, principalmente entre los jóvenes), quienes han sido capaces de proponer un discurso público dirigido a satisfacer esas necesidades (JUDT, 2011: 172).

El análisis que subyace al surgimiento de los movimientos fundamentalistas o extremistas en otros lugares del mundo (principalmente, el caso del fundamentalismo islámico), suma a la ansiedad derivada de los nuevos tiempos las frustraciones de un pasado no resuelto. HABERMAS, por ejemplo, lo asocia a los procesos de colonización y descolonización, y a la implantación del modelo de modernización capitalista en contextos que nunca fueron favorables al mismo, tanto desde el punto de vista social como cultural (HABERMAS, 2006: 122).

En el caso de la incidencia de este tipo de manifestaciones dentro de las sociedades occidentales (especialmente de varios países europeos), TODOROV señala como una de sus causas la situación de exclusión de muchos inmigrantes musulmanes. Como explica el autor, el sentimiento de marginalidad de muchos musulmanes que van a radicar a países europeos, y que proceden de familias campesinas tradicionales, los lleva a refugiarse en su identidad tradicional. En las siguientes generaciones esta situación se agrava: «Los que nacen en Occidente ya no pueden recurrir a esa identidad, por lo que a algunos les tientan los esquemas simplistas que ofrecen los predicadores islamistas, una tradición imaginaria que se convierte en su marco mental» (TODOROV, 2008: 218).

En América Latina, lo religioso ha sido un elemento constante en la vida social y también política. Las iniciativas secularistas no han calado de forma determinante en la vida pública de las naciones (con excepción quizá de algunos países como México) y, más bien, lo que ha persistido es un permanente conflicto entre las Iglesias institu-

cionalizadas (principalmente la Iglesia católica) —con una fuerte presencia en la vida pública— y las iniciativas de implementación de modelos laicos por parte del Estado (por ejemplo, en los ámbitos de la educación, las instituciones castrenses, los actos protocolares de Estado, etc.)[4]. Actualmente, la presencia significativa de movimientos evangélicos en los países latinoamericanos —que, como en los Estados Unidos, tienen una agenda y un accionar público muy claro— es también determinante[5].

La heterogénea realidad mundial que hoy se presenta respecto del fenómeno religioso permite comprobar que —como dice BERGER— la modernidad hoy más que secularismo es pluralismo, y el pluralismo no se caracteriza por la ausencia de Dios sino por «la presencia de muchos dioses»[6]. Por eso, el *retorno de lo religioso* puede leerse de diversas formas y no significa necesariamente el retorno de una religión institucionalizada o de la Iglesia o las Iglesias.

Ulrich BECK, por ejemplo, se ha referido a la *individualización de la religión* propia del espíritu cosmopolita de nuestros días. Para el autor, paradójicamente, la secularización propia de la modernidad le ha hecho un gran favor a la religión, pues le ha quitado el peso de tener que justificar su competencia en materia de racionalidad del conocimiento (ese peso le ha sido trasladado a la ciencia o al Estado), y la ha restringido al campo de la espiritualidad y la religiosidad[7]. Esto ha ido unido a un proceso de

---

[4] En este trabajo resulta imposible dar cuenta de la diversidad y complejidad de estos procesos producidos en los países latinoamericanos. Investigaciones como las de BLANCARTE (2011, 2008), BOHOSLAVSKY (2013) o HUACO (2013) son importantes para entender la particularidad de cada proceso.

BOHOSLAVSKY, por ejemplo, se ha referido a algunos de los conflictos presentados, especialmente desde la década de los ochenta y que se han centrado en temas vinculados a la legislación de familia. Así, en 1987 se debatió y se logró aprobar el divorcio en Argentina, con fuerte oposición de la Iglesia. Lo mismo ocurrió el 2004 en Chile, tras un intenso y largo debate que se originó en la década de los noventa. En este mismo Estado, el año 2006 se produjo la discusión sobre la comercialización de la denominada «píldora del día después», con idéntica oposición de la Iglesia católica (BOHOSLAVSKY, 2013: 35).

De igual forma, VAGGIONE alude al modo en que desde el feminismo y el movimiento por la identidad sexual se vienen presentando demandas dirigidas a lograr la efectiva separación entre el Estado y la Iglesia en estos ámbitos. Sin embargo, como dice el autor, la jerarquía católica ha sabido conformar en la región un bloque compuesto por actores políticos y organizaciones de la sociedad civil que busca influir en las políticas públicas a través de estrategias como la judicialización y el uso de argumentaciones científicas y bioéticas (VAGGIONE, 2008: 25).

En el Perú, actualmente somos testigos de la activa movilización de la Iglesia católica y de las Iglesias evangélicas contra cualquier tipo de iniciativa legislativa que pretenda garantizar los derechos familiares de los homosexuales y contra la posibilidad de que la mujer pueda interrumpir un embarazo en determinados supuestos.

[5] En relación a la presencia de movimientos evangélicos es evidente su crecimiento en la región. Así pues, «mientras que todavía hasta 1950 el porcentaje de no católicos es mínimo (entre un 2 y un 5 por 100), a principios del siglo XXI esa cifra se sitúa entre el 15 y el 20 por 100 de la población latinoamericana, aproximadamente. Hay países como Brasil que tienen ya más de un 30 por 100 de no católicos» (BLANCARTE, 2008: 161).

Como refiere BOHOSLAVSKY, la identidad protestante en Latinoamérica puede agruparse en dos sectores bien diferenciados. Por un lado, el sector protestante clásico, abierto al diálogo interreligioso con la Iglesia católica y dispuesto a adaptarse a las exigencias del Estado democrático liberal y su defensa de los derechos humanos y, por el otro lado, el sector fundamentalista vinculado a los movimientos pentecostales, pero cercano también a la línea de pensamiento más conservadora de la Iglesia católica (BOHOSLAVSKY, 2013: 36-37).

[6] El autor señala dos excepciones a esta realidad dominante: el supuesto de algunos países de Europa occidental y central (el supuesto del *Eurosecularity*) y la existencia de una élite cultural internacional (yo diría *cosmopolita*) o lo que el autor llama la *globalización de la inteligencia ilustrada europea* (BERGER, 2008).

[7] Esta afirmación puede ser discutible, pues, en ocasiones, parte del discurso religioso se traslapa con discursos referidos a una moral que tiene la pretensión de ser verdadera. En la esfera púbica, el discurso religioso

desacoplamiento de la religión (o desinstitucionalización) y de reavivamiento de la fe subjetiva, con un discurso centrado en la búsqueda de la perfección individual (BECK, 2009: 31-38).

Aunque, como dice el autor, el fenómeno de la secularización (como el de la modernidad) no ha sido lineal, sino distinto en cada contexto, parece ser que el declive de las instituciones religiosas ha supuesto un aumento de la religiosidad individual (BECK, 2009: 48-49). Su tesis central es que actualmente el fenómeno religioso está caracterizado por una individualización de la experiencia religiosa (lo que llama, la existencia de un «Dios personal»), acorde al propio proceso de individualización de la sociedad de la globalización y al auge del modelo económico capitalista.

La *desdogmatización* y *desinstitucionalización* de la religión no lleva, sin embargo, a una multiplicación de credos religiosos. Según BECK, lo que se presenta, más bien, es una estandarización de la oferta de los «productos religiosos» —que sigue la lógica del mercado— y que se puede constatar en la proliferación de ofertas de credos minimalistas, simples y sencillos, que pueden resumirse en frases como: «Dios te ama, ¡Jesús te redime!, puedes salvarte», en vez de un énfasis en interpretaciones teológicas y doctrinarias (BECK, 2009: 98-99)[8].

La abundancia de la oferta y la demanda religiosa en la actualidad [BECK se refiere, por ejemplo, a la gran cantidad de ofertas religiosas que aparecen en internet y que crean un verdadero *bazar inabarcable*, del cual los individuos toman lo que les gusta (BECK, 2009: 137)] respondería a la necesidad que tienen los individuos de volverse creadores de su propia identidad —«progresivamente destradicionalizada e invivible a causa del proceso de individualización y globalización» (BECK, 2009: 131)— en un mundo dominado por el riesgo y el libre mercado[9].

---

no sólo implica afirmaciones sobre lo espiritual y los misterios de la fe, sino también sobre hechos referidos a la naturaleza humana, la sexualidad o la bioética, por ejemplo, respecto de los cuales se supone que existe *conocimiento* y *verdad*.

Cuando ciertos líderes religiosos hablan de la homosexualidad como un hecho anormal o la califican como una enfermedad (que incluso afirman —desde ciertas propuestas pseudocientíficas— podría curarse), o cuando al hablar del aborto o de la llamada *píldora del día siguiente* se refieren al momento del inicio de la vida, no sólo presentan argumentos de tipo religioso (como que *Dios nos dio la vida* y por eso tiene carácter sagrado e indisponible), sino argumentos supuestamente científicos.

[8] La inserción de la oferta religiosa en la lógica del mercado puede llevar, sin embargo, al riesgo de banalización de lo religioso. Como dice BECK: «La desdogmatización pragmática de las religiones es ambivalente, abre las puertas de par en par a la banalización y trivialización: los hoteles *wellness* se decoran con máximas budistas, el analfabetismo religioso se propaga, los ateos ni siquiera saben en qué Dios ya *no* creen» (BECK, 2009: 95). En ese mismo sentido van también las agudas críticas de EAGLETON a la espiritualidad *new age*, a la que califica como una «caricatura de lo espiritual», un refugio o forma de escape frente al «capitalismo brutalmente pragmático» (EAGLETON, 2012: 61).

[9] Para BECK, los principios del mercado y de elección individual se han instalado en la religión en América —no sólo en los Estados Unidos, sino en *las dos Américas* (con la aparición de una gran oferta de productos religiosos *duros*)—, pero también se expande en Europa (respecto del cristianismo, pero también en las variadas ofertas del Islam y de otras alternativas espirituales de tipo esotéricas o *new age*). En las culturas postcoloniales (Sudamérica, África y parte de Asia), el fenómeno de la subjetivación de la fe es un poco distinto y se manifiesta a través de nuevos movimientos religiosos que se desprenden de los lazos coloniales para adoptar formas mixtas de «superstición» primitiva y de religiosidad autorizada (BECK, 2009: 149-179).

2. LA REVALORIZACIÓN DEL DISCURSO RELIGIOSO EN LA ESFERA PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN EL MODELO DE LAICIDAD

El *retorno de lo religioso* ha provocado un cuestionamiento a la tradicional idea secular de confinamiento de lo religioso al ámbito privado, y una cada vez mayor presencia de la religión (de sus manifestaciones —ritos, símbolos, etc.—, pero también de su discurso) en la esfera pública. Frente a esto, autores como John RAWLS o Jürgen HABERMAS se han pronunciado sobre el sentido que tendrían las razones religiosas en el espacio público dentro de un Estado democrático y laico.

En el debate público-político lo que vale son las razones públicas, dice RAWLS[10]. Aunque los participantes lleven consigo sus propias doctrinas religiosas —las cuales pueden ser la base sobre la que se sustenta su convicción sobre ciertos principios de justicia (como la igualdad)—, en el debate que surge ante la aparición de conflictos sobre cuestiones de justicia política (esto es, cuando es menester justificar nuestros juicios políticos) será necesario ofrecer razones públicas para defender nuestra posición (RAWLS, 2002: 53). En términos de RAWLS:

> Justificar nuestros juicios políticos ante los demás significa convencerles mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencias apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales, y apelando a creencias, razones y valores políticos de los que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán. La justificación pública parte de algún consenso previo, esto es, de premisas que todas las partes en desacuerdo, supuestamente libres e iguales y plenamente capaces de razón, pueden razonablemente compartir y libremente suscribir (RAWLS, 2002: 53).

No obstante, el autor es cauto al referirse al ámbito en el que el uso de razones públicas sería exigible. No lo sería para todas las cuestiones públicas ni políticas, sino únicamente en las discusiones acerca de los «elementos constitucionalmente esenciales» y en relación con las «cuestiones de justicia básica», y señala como ejemplo el caso de las deliberaciones efectuadas por la Corte Suprema norteamericana (RAWLS, 1995: 205 y 207).

De forma más específica, en *Una revisión de la idea de razón pública* RAWLS establece una distinción entre lo que, por un lado, denomina el «foro político público» —referido al discursos de los jueces y sus decisiones, al de los funcionarios públicos (principalmente del Ejecutivo y el Legislativo), y al discurso de los candidatos a cargos públicos—, donde resulta necesario el uso de la razón pública, y, por otro lado, lo que denomina «cultura de base» (o cultura de la sociedad civil), en la que sería posible apelar a razones provenientes de doctrinas morales o concepciones particulares del bien; este último sería el espacio de las Iglesias y otra asociaciones (RAWLS, 2001: 158-159).

Según RAWLS, el uso de la razón pública sería consecuencia de un «deber de civilidad» —en ese sentido moral y no legal—, que se presentaría en el supuesto de ejercicio de un poder político, principalmente referido a los funcionarios públicos pero también a los ciudadanos en general, quienes en teoría aprobarían las decisiones adoptadas por

---

[10] En *Liberalismo Político* y en trabajos posteriores, RAWLS vuelve sobre la noción de *razón pública,* advirtiendo que la misma no debe ser confundida con la *razón secular,* pues ésta última parte de doctrinas generales no religiosas, en tanto que la razón pública se basa en valores políticos y no en doctrinas morales (RAWLS, 2001: 167).

dichos funcionarios cuando las mismas se sustenten en razones públicas (RAWLS, 1995: 208; 2001: 161):

> De ahí que la idea de legitimidad política basada en el criterio de reciprocidad diga: nuestro ejercicio del poder político es apropiado sólo cuando creemos sinceramente que las razones que ofrecíamos para nuestras acciones políticas —si tuviéramos que formularlas como funcionarios públicos— son suficientes, y cuando creemos razonablemente que otros ciudadanos pueden aceptar de manera razonable tales razones (RAWLS, 2001: 161).

HABERMAS, por su parte, ha sostenido que las actuales sociedades *post seculares*[11] afrontan un reto que debería ser asumido a partir de una nueva actitud de los sujetos en relación con el valor que tendría el discurso religioso en el ámbito público.

El filósofo alemán habla de un *aprendizaje complementario* entre ciudadanos religiosos y seculares, que sólo sería posible en la medida que los ciudadanos seculares superen una estrecha conciencia secularista y «abran sus mentes al posible contenido de verdad de las contribuciones religiosas» (HABERMAS, 2006: 140). En su opinión:

> [...] el Estado liberal tiene interés en que se permita el libre acceso a las voces religiosas tanto en la esfera público-política como en la participación política de las organizaciones religiosas. El Estado no puede desalentar a los creyentes y a las comunidades religiosas para que se abstengan de manifestarse *como tales* también de una manera política, pues no puede saber si, en caso contrario, la sociedad secular no se estaría desconectando y privando de importantes reservas para la creación de sentido. [...]
>
> Las tradiciones religiosas están provistas de una fuerza especial para articular intuiciones morales, sobre todo en atención a las formas sensibles de la convivencia humana. Este potencial convierte al habla religiosa, cuando se trata de cuestiones políticas pertinentes, en un serio candidato para posibles contenidos de verdad, que pueden ser traducidos entonces desde el vocabulario de una comunidad religiosa determinada a un lenguaje universalmente accesible (HABERMAS, 2006: 138-139).

De este modo, la admisión del discurso religioso en la esfera pública no sólo debería apreciarse desde los estrechos márgenes de la tolerancia liberal, o incluso a partir del reconocimiento del ejercicio de los derechos a la libertad de conciencia o de expresión —aspectos que aceptaría cualquier liberal, incluso en el caso del racionalista más secularista de todos—, sino que sería bienvenido como un aporte más que enriquecería el debate público, ya sea por el *contenido de verdad* que pudieran tener las razones religiosas o por su capacidad para promover convicciones morales.

HABERMAS considera que la exigencia de una necesaria traducción de las razones religiosas a razones públicas —requisito defendido por el pensamiento liberal secular para que las razones religiosas puedan ser tomadas en cuenta en el debate público— puede resultar discriminatoria para el creyente, pues es un requisito que no se le pide al no creyente que participa del debate público. Por eso, a diferencia de RAWLS, la carga

---

[11] «Utilizo esa expresión para describir las sociedades modernas que se encuentran con que siguen existiendo grupos religiosos y que las diferentes tradiciones religiosas siguen siendo relevantes, aunque las sociedades mismas estén en gran parte secularizadas. En la medida en que describo como "postsecular" no la sociedad misma, sino un correspondiente cambio de conciencia en ella, el predicado puede utilizarse también para referirse a una autocomprensión modificada de las ya en buena parte secularizadas sociedades de Europa occidental, Canadá o Australia» (HABERMAS, 2011: 131).

Contra el *postsecularismo* se ha pronunciado CHIASSONI, para quien el movimiento en favor del retorno de *lo religioso* en las sociedades occidentales producirá un déficit de racionalidad, de lógica y de libertad individual (CHIASSONI, 2013: 24-25).

de la traducción la soportarían no sólo los creyentes, sino también los no creyentes (FERRARA, 2007).

El filósofo alemán considera que su propuesta de traducción salvaría tanto la *objeción normativa* (referida a la supuesta sobre exigencia que se le haría a los creyentes, a quienes se les pediría dejar de lado el lenguaje de sus creencia para ofrecer razones públicas, y que podría estar lesionando su igualdad), como la *objeción empírica* (referida a la imposibilidad que tendrían muchos creyentes de expresar sus razones religiosas en un lenguaje secular, lo que podría conducir a un desdoblamiento artificial de su conciencia); ambas dirigidas contra la tesis de RAWLS (HABERMAS, 2006: 134; 2011: 34)[12].

No obstante, HABERMAS ha recibido una crítica semejante a la objeción empírica contra RAWLS y es que, como refiere Craig CALHOUN, «no todo lo que los ciudadanos creyentes tienen que decir es «traducible»; lo que no lo es puede ser utilizado en el discurso público informal, pero debe existir un filtro institucional para mantenerlo fuera de la deliberaciones formales de los organismos políticos» (CALHOUN, 2011: 120-121). Paradójicamente, esto provoca que —contra lo que precisamente quería HABERMAS— el criterio de traducción sea necesariamente asimétrico. Además, parecería basarse en consideraciones de tipo instrumental: «Una llamada a incluir ideas porque son útiles, mientras implícitamente se duda de que puedan ser verdad» (CALHOUN, 2011: 121)[13].

HABERMAS ha sido criticado por permitir el ingreso de las razones religiosas al debate público, concediéndoles un posible valor de verdad y exigiendo una forma de compromiso epistémico tanto a los creyentes como a los no creyentes. Esto y el requisito de la traducción con el que pretende salvar la objeción de la inadmisibilidad de las razones particulares en el debate púbico —debido a su falta de universabilidad—, provocan que HABERMAS incurra en una serie de contradicciones, según FLORES D'ARCAIS.

En primer lugar, resulta contradictorio con su republicanismo kantiano el hecho de que admita la inserción del lenguaje religioso —derivado de doctrinas comprehensivas y basado en criterios de autoridad— en la esfera pública. Luego, al someterlo al requisito de la traducción, incurre en una nueva contradicción: «El argumento religioso, en suma, es legitimado por Habermas sólo si es traducible en términos no religiosos. [...] Lo que significa, entonces, que el argumento religioso es válido si y sólo si resulta *superfluo*» (FLORES D'ARCAIS, 2008: 57).

Pero, además, HABERMAS basa su tesis y el compromiso que ésta exige a los creyentes y no creyentes en una suerte de injusticia histórica supuestamente sufrida por

---

[12] «Según esa propuesta, todos los ciudadanos deben tener libertad para decidir si utilizan el lenguaje religioso en la esfera pública. Sin embargo, si lo utilizan tienen que aceptar que el potencial contenido de verdad de las afirmaciones religiosas se debe traducir a un lenguaje universalmente accesible, antes de que puedan entrar en el orden del día de los parlamentos, los tribunales o las instituciones administrativas, e influir en sus decisiones» (HABERMAS, 2011: 35).

[13] En ese mismo sentido, José María CARABANTE considera que HABERMAS hace un uso instrumental de la religión, pues no valora adecuadamente el contenido de verdad que tiene el discurso religioso para un creyente y que supone un compromiso sustancial, no meramente accidental, a su vida (CARABANTE, 2012: 217-219). El uso instrumental de HABERMAS deriva de la utilidad que tendría la religión para contribuir a superar los problemas de las actuales sociedades individualistas, egoístas y consumistas, destinadas a la desintegración. De este modo, la religión aparece como una fuente de solidaridad y compromiso social (CARABANTE, 2012: 212-217).

los creyentes y que, como vimos, sería consecuencia del pensamiento secular moderno. Según el filósofo: «Visto en términos históricos, los ciudadanos religiosos tuvieron que aprender a adoptar actitudes epistémicas hacia su entorno secular, actitudes que a los ciudadanos seculares ilustrados les han recaído *sin esfuerzo*» (HABERMAS, 2006: 146)[14]. De ahí que algunos autores se basen en la tesis de HABERMAS para criticar la supuesta falta de igualdad entre creyentes y no creyentes.

Para OLLERO, por ejemplo, refiriéndose ya al modelo de laicidad supuestamente agnóstica, defendida por quienes rechazan el concepto de laicidad positiva, y que, en su opinión, resulta persecutoria de la fe de la mayoría: «(e)l creyente habría de traducir su propuesta a términos agnósticos, pero no viceversa. Habermas ha reaccionado contra este planteamiento, precisamente por detectar en él un atentado a la igualdad impropio de un Estado liberal». Y más adelante: «(H)abría de evitar que la obligada traducción civil de los argumentos religiosos se alíe con una primacía institucional concedida a los argumentos agnósticos, eximiéndolos del esfuerzo de aprendizaje y de adaptación que se impone a los ciudadanos creyentes» (OLLERO, 2009: 213).

La propuesta de HABERMAS, al otorgar un rol protagónico a la religión (al discurso religioso), pretende poner de manifiesto la visión limitada del secularismo moderno y reconocer la importancia de la dimensión espiritual del ser humano; sin embargo, abre también una peligrosa vía para el fortalecimiento de las instituciones religiosas —representadas por sus líderes o voceros *oficiales*— en el escenario público[15]. Contra lo que querría el propio autor, eventualmente podría servir también como argumento para justificar actitudes contrarias al principio de laicidad del Estado. Por ejemplo, cuando se demanda una mayor presencia de la Iglesia en el escenario público, mediante la *promoción* estatal de sus actividades o manifestaciones, al considerarlas como un elemento valioso de la deliberación pública[16].

En defensa de HABERMAS, habría que decir que él no considera que las razones religiosas (o el lenguaje religioso) estén habilitadas para participar en cualquier escenario

---

[14] Al contrario, FLORES D'ARCAIS considera que la supuesta asimetría de la que habla HABERMAS no es real, pues es consecuencia de adoptar un sistema democrático: «Ese "esfuerzo de aprendizaje y de adaptación exigido a los ciudadanos religiosos", que quede claro, no es algo que se "ahorran los ciudadanos laicos". Es irrenunciable para la democracia, y por tanto se le exigiría también a un ateo que considerase "ley de la Naturaleza" un vitalismo depredador con connotaciones racistas, o que afirmara que la homosexualidad es una enfermedad, o que predicara la eliminación de los disminuidos» (FLORES D'ARCAIS, 2008: 58).

[15] Amartya SEN es especialmente crítico con lo que considera una peligrosa tendencia actual a hablar de *diálogo interreligioso* y a que se convierta a los grupos religiosos en voceros de sus comunidades o culturas, dejándose de lado los intereses particulares que pueden tener los individuos y los movimientos no religiosos o seculares. El autor tiene algunas reflexiones reveladoras acerca del poder que están adquiriendo los grupos religiosos como portadores de la voz de los individuos y sus implicancias en el retroceso del secularismo, la consolidación de la concepción unidimensional del individuo, la pérdida de perspectiva de las diferencias dentro de los propios grupos, entre otras. Así pues, hoy se advierte una exaltación de la voz de las autoridades religiosas que ha llevado a que «(a) pesar de nuestras *diversidades diversas*, de repente el mundo ya no es visto como un conjuntos de personas, sino como una federación de religiones y civilizaciones» (SEN, 2007: 37).

[16] Nos parece que en ese sentido va también OLLERO cuando critica las medidas dirigidas a excluir el juramento y los símbolos religiosos en los espacios públicos (por considerarse violatorios del principio de laicidad o del derecho a la igualdad). Acudiendo a un recurso retórico OLLERO sostiene: «No ha faltado quien comente que, a este paso, el creyente sólo podrá jurar en arameo. En pocas circunstancias es más directamente aplicable la denuncia habermasiana: se prohíbe al creyente comportarse como tal, sin perjuicio conocido para un agnóstico que impone por decreto su propia convicción» (OLLERO, 2009: 215).

público. Así pues, él hace una distinción entre el espacio institucional y el espacio de la sociedad civil. Por eso sostiene:

> Debemos diferenciar, por supuesto, de manera clara los procesos institucionalizados de deliberación y toma de decisiones en el nivel de los parlamentos, tribunales, ministerios y autoridades administrativa del compromiso informal de los ciudadanos en la sociedad civil y en la esfera pública [...].
>
> En el Estado constitucional es una exigencia de legitimación que las decisiones políticas *aplicables por el Estado* se formulen en un lenguaje que todos los ciudadanos puedan comprender (HABERMAS, 2008: 6)[17].

Asimismo, el compromiso de comunicación y aprendizaje mutuo, del que debieran participar tanto los ciudadanos laicos como los religiosos, no implica la pérdida del pensamiento postmetafísico[18] ni elimina la distinción entre fe y conocimiento como formas esencialmente diferentes de pretensión de verdad. La sociedad postsecular, en los términos que él propone, sólo implicaría una relación hasta ahora no existente entre la razón secular y una conciencia religiosa reflexiva (HABERMAS, 2011: 133).

3. EL SENTIDO DE LA LAICIDAD DEL ESTADO

La laicidad constituye «una forma de organización político-social que busca la neutralidad del Estado frente a la religión, garantizando la libertad e igualdad de las personas» (ABAD, 2012: 19). De este modo, el principio de laicidad cobra sentido no como un fin en sí mismo, sino en relación con los derechos que garantiza y promueve. Como explica PRIETO:

> La libertad y la igualdad religiosa son ante todo derechos fundamentales de carácter subjetivo [...]. Pero la laicidad es un principio exclusivamente objetivo, conectado por tanto al modo de ser y de actuar de las instituciones públicas; no existe un derecho fundamental a la laicidad que pueda ser esgrimido por los ciudadanos. Y, sin embargo, pese a ello intentaré mostrar que la laicidad representa una condición de la libertad de creencia y, sobre todo, de la igualdad de los individuos cualesquiera que sean sus creencias (PRIETO, 2013: 247).

Según MACLURE y TAYLOR, la falta de claridad sobre los derechos que pretende garantizar el principio de laicidad ha provocado una confusión entre los medios y los fines de la laicidad. Como señalan los autores:

> No todos los principios de la laicidad son del mismo tipo. La igualdad de trato y la libertad de conciencia son principios morales cuya función es regular nuestro comportamiento (o, en el caso que nos ocupa, la acción del Estado), mientras que la neutralidad, la separación y el acomodamiento son lo que podríamos denominar «principios institucionales» derivados de los principios de igualdad de trato y libertad de conciencia. [...] El valor de los «principios institucionales» es derivado más que intrínseco; son medios fundamentales para la realización de fines propiamente morales (MACLURE y TAYLOR, 2011: 38).

---

[17] Para una crítica a lo que considera una distinción artificial entre el plano institucional (ámbito estrictamente político-estatal) y no institucional (ámbito de la opinión pública), *vid.* FLORES D'ARCAIS, 2008: 57-58.

[18] Así pues: «El pensamiento postmetafísico está dispuesto a aprender de la religión al tiempo que permanece estrictamente agnóstico en sus relaciones con ella. Insiste en la diferencia entre las certezas de fe y las pretensiones de validez públicamente criticables, pero se abstiene de la arrogancia racionalista de que puede él mismo decidir qué es lo razonable y qué lo irrazonable en las doctrinas religiosas» (HABERMAS, 2006: 151).

En ocasiones, el erróneo tratamiento de los medios y los fines de la laicidad ha derivado en una suerte de *fetichismo de los medios*, enfatizándose el discurso de la laicidad (la separación de la Iglesia y el Estado y la neutralidad del Estado) como fin en sí mismo, e incluso sacrificándose los principios morales que garantiza (MACLURE y TAYLOR, 2011: 45). Por ejemplo, en el caso de la discusión en torno a los velos en Francia en el que la laicidad del Estado fue entendida como un valor que debía prevalecer sobre la libertad de conciencia de las mujeres musulmanas[19].

En ese sentido, es importante reconocer a la laicidad como un principio que debe ser ponderado a la luz de las circunstancias del caso concreto y en atención a los derechos de libertad e igualdad que lo justifican. Desde la reflexión filosófica, MACLURE y TAYLOR acercan el tratamiento de la laicidad —entendida como principio ponderable y no como regla, de aplicación *todo o nada*— a la forma en que el derecho del Estado constitucional concibe la aplicación de los principios.

Volviendo a sus orígenes, el desarrollo del principio de laicidad en el Estado de derecho moderno sirvió para consolidar una concepción liberal de los derechos (como veremos, en términos más *negativos* que *positivos*) y —en la línea del pensamiento liberal— la neutralidad estatal frente a las concepciones éticas o religiosas particulares. El mecanismo que la doctrina liberal utilizó para lograr dicha neutralidad fue el de la *separación* entre Estado e Iglesia(s), destacándose dos momentos o modelos separatistas: el norteamericano y el francés (CHIASSONI, 2013: 18-22). No obstante, el francés puede calificarse, más bien, como un modelo de tipo republicano (asociado a la idea de *religión civil* de ROUSSEAU)[20], y que, en ocasiones, puede llegar a ser profundamente antiliberal por su falta de reconocimiento de derechos individuales[21].

Para PRIETO la concepción liberal de la laicidad, al contrario que la republicana, sería la mejor forma de interpretar dicho principio, pues garantizaría efectivamente los derechos de libertad y de igualdad y apostaría por una concepción deliberativa amplia. De este modo, ingresarían al debate público las diferentes «verdades» (religiosas o seculares) en condiciones de libertad e igualdad, en los términos en que por ejemplo RAWLS lo propone en su *Liberalismo Político* (PRIETO, 2013: 253).

A diferencia de la tesis liberal, la republicana sí apuesta por un compromiso con ciertos valores y virtudes políticas o cívicas (no *morales*, en sentido estricto)[22]. No obs-

---

[19] Sobre el caso, dicen MACLURE y TAYLOR: «Prohibir que una profesora lleve el *hiyab* acentúa la aparente neutralidad de la institución escolar, pero limita su libertad de conciencia y de culto, o pone en peligro el principio de igualdad de oportunidades cerrándole las puertas de una carrera gracias a la cual podría haber contribuido a la sociedad» (MACLURE y TAYLOR, 2011: 40).

[20] Cfr. PRIETO, 2013: 251-253; REY, 2005: 49, 61.

[21] En ese sentido también, P. RIVAS PALÁ (citado por REY) considera que el principio de laicidad francés sería un tipo de fundamentalismo incompatible con los principios de una sociedad liberal y con el pluralismo que ésta reconoce (REY, 2005: 49-50). De ahí que resulten de tan difícil solución los problemas de integración en un contexto multicultural, pero marcadamente republicano, como el francés. O que, como señala REY, la laicidad en Francia se entienda como «puro nacionalismo francés con disfraz» (REY, 2005: 61).

[22] Al respecto, QUESADA recuerda la distinción que hace MONTESQUIEU en *Del Espíritu de las Leyes*: «Y eso nuevo de que habla es la *virtud*, la virtud política, un nuevo campo normativo que hemos de diferenciar de la virtud ética o de la moral religiosa. La virtud referida a la República consiste en "el amor a la patria, el amor a la igualdad" [...].

El amor a la patria no estriba en una simple solidaridad de los individuos en tiempos difíciles o circunstancias adversas, como puede ser la intrusión de un enemigo en nuestro país. El amor a la paria traduce, por el

tante, es importante subrayar que existen diferencias entre las posiciones republicanas y que el modelo francés no puede ser identificado como el paradigma del modelo republicano.

Hay autores que pueden ser cercanos al republicanismo —pues reconocen la importancia de los valores cívicos y del compromiso político de los individuos en una comunidad— pero, sin embargo, tienen claro que los objetivos republicanos no pueden realizarse a costa de los derechos individuales, y en ese sentido son autores liberales. Así, por ejemplo, NUSSBAUM cuando defiende la existencia de los cursos de educación para la ciudadanía[23], pero no la decisión francesa de prohibir el uso del velo islámico en las escuelas públicas (NUSSBAUM, 2011: 77-79).

En el contexto de los actuales Estados constitucionales de derecho, a los derechos individuales de libertad e igualdad se suma la garantía del pluralismo como uno de los rasgos definitorios del Estado constitucional. Por esa razón, autores como MACLURE y TAYLOR abogan por un modelo de laicidad *liberal-pluralista (*MACLURE y TAYLOR, 2011: 50-51). No obstante, la garantía del pluralismo —principalmente en el caso del pluralismo cultural, representado por demandas de *minorías*, pero también en el caso del pluralismo ético individualista—, puede significar un dilema para la supervivencia del principio de laicidad.

Algunas propuestas multiculturalistas han derivado en demandas dirigidas al Estado, a fin que éste actúe no sólo como garante sino también como *promotor* del pluralismo. Esa función promotora, en lo que respecta a la identidad religiosa, podría producir, sin embargo, un retroceso en el modelo secular y en el principio de neutralidad que está en la base del Estado liberal laico; además, supondrían un peligro para la afirmación de los derechos individuales (principalmente en el caso de los ateos o agnósticos) que puedan entrar en conflicto con las demandas de los grupos religiosos.

Esta tensión se ve reflejada, por ejemplo, en la discusión en torno al valor del pluralismo y la opción a favor de un laicismo republicano en Francia (REY, 2005: 44). Pero también tiene que ver con la discusión acerca de la pertinencia (tanto en términos pragmáticos como jurídicos) de una dimensión *positiva* del principio de laicidad y de los mecanismos de cooperación o colaboración con las iglesias que esa propuesta conlleva.

Nosotros creemos que la mejor forma de hacer frente a los conflictos que presentan las sociedades seculares y plurales del Estado constitucional sería mediante una concepción liberal, no necesariamente incompatible con ciertos modelos republicanos —al modo en que por ejemplo lo entiende RAWLS (RAWLS, 2002: 196)— ni tampoco con el pluralismo que, sin embargo, tendrá como límite el respeto de los derechos de libertad e igualdad del individuo, que son los que precisamente justifican el ideal del Estado laico.

---

contrario, las virtudes que dan o proporcionan cohesión social, que asientan y dan contenido a la idea de bien común como contexto en el que se apoyan y vivifican las libertades de los individuos» (QUESADA, 2005: 67).

[23] En el mismo sentido GARCÍA FIGUEROA, 2007.

4. EL PROBLEMA DE LA LAICIDAD POSITIVA Y EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN CON LA IGLESIA

La distinción entre libertad negativa y libertad positiva fue propuesta por Isaiah BERLIN en su conocido texto *Dos conceptos de libertad* (BERLIN, 2005). Según el concepto de libertad negativa la libertad es entendida como la acción plena del sujeto frente al Estado o cualquier otra fuerza que impida u obstaculice su acción (o que lo obligue a hacer aquello que va más allá de su voluntad). El concepto de libertad positiva, en cambio, está vinculado a la idea de autonomía y a la posibilidad de que, en términos reales, un sujeto pueda actuar libremente, conforme a su voluntad y no condicionado por las fuerzas o limitaciones del entorno (por ejemplo, por las necesidades económicas, la dominación ejercida por otros, etc.).

A partir del concepto de libertad positiva, se considera que es deber del Estado contribuir al desarrollo de ciertas capacidades de los sujetos, que permitan su desarrollo como individuos autónomos. Frente a una estrecha concepción de la neutralidad del Estado (que parte de la noción de *Estado mínimo*), se defiende una dimensión garantista e incluso promotora que contribuya a eliminar los obstáculos derivados de la falta de recursos económicos, educación o salud, la marginalidad, la discriminación, entre otros.

La libertad religiosa también puede ser entendida como una libertad de tipo negativa o positiva. La consecuencia de asumir una concepción positiva de este derecho es la atribución de una función *promotora*, no sólo facilitadora, de este derecho por parte del Estado; lo que coincidiría con el sentido de los convenios de colaboración o cooperación que se establecen con ciertas religiones. Sin embargo, esto supone un dilema para el principio de laicidad, pues se deberá elegir entre el respeto a la estricta neutralidad estatal —que impediría cualquier forma de promoción o auspicio de alguna religión o del fenómeno religioso, entendido como algo valioso— y, de otro lado, la idea de un Estado promotor de la dimensión positiva de la libertad religiosa. La solución propuesta por una parte de la jurisprudencia y de la doctrina —que también sigue el Tribunal Constitucional peruano— es apostar por un concepto de *laicidad positiva* que, en nuestra opinión, es muy cuestionable y puede terminar vulnerando los derechos de libertad y de igualdad que, precisamente, pretende garantizar el principio de laicidad.

En relación con el denominado principio de cooperación con la Iglesia católica éste está reconocido en el art. 16.3 de la Constitución española[24] y, de forma similar, en el art. 50 de la Constitución peruana[25].

Como refiere REVILLA, este principio representa el compromiso que tiene el Estado de «facilitar y promover las condiciones que hacen posible el acto de fe y los

---

[24] Art. 16.3: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

[25] El art. 50 de la Constitución peruana señala:

«Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

diversos aspectos o manifestaciones que derivan del mismo» (REVILLA, 2013: 458), a través de su relación con los sujetos colectivos de la libertad religiosa (Iglesias o entidades religiosas a las que, por ejemplo, alude la Ley de Libertad Religiosa peruana)[26]. El principio de cooperación o colaboración sería una consecuencia de «la proyección en el ámbito del derecho eclesiástico de los postulados del llamado Estado social y, en particular de la concepción promocional de los derechos humanos» (REVILLA, 2013: 459)[27], en consonancia con la idea de libertad positiva que venimos explicando.

Quienes defienden una laicidad positiva, basada en el concepto de cooperación o colaboración con la Iglesia, no sólo resaltan la influencia que tiene la Iglesia católica en la historia de nuestras naciones —el argumento de la *tradición* al que alude REY (REY, 2011: 13)—, sino el hecho de que corresponde a la fe de la mayoría —el argumento supuestamente *democrático* (REY, 2011: 13)—, así como también la labor social que cumple la Iglesia en el ámbito de la salud o la educación, por ejemplo[28].

No obstante, lo cierto es que resulta complejo defender una forma de laicidad positiva bajo el argumento de la libertad positiva que lo que busca es remover los obstáculos sociales o materiales que impiden una libertad real, cuando de lo que se habla es de acciones a favor de un colectivo que ocupa una posición dominante en la sociedad (no sólo por su historia, sino porque representa a la mayoría de los ciudadanos). Como dice RUIZ MIGUEL:

> [...] la aplicación de la noción de «acción positiva» a las ayudas a la Iglesia católica constituye una clara inversión de tal noción, sino también una perversión, en cuanto que en su caso consisten en ayudas a un grupo mayoritario que no ha venido sufriendo discriminación ni desventaja alguna, sino más bien todo lo contrario, y cuyo objetivo no es conseguir la igualdad social entre las creencias religiosas sino mantener, e incluso aumentar, el predominio sociológico de que viene gozando (RUIZ MIGUEL, 2009: 165).

Para el autor, sólo la libertad religiosa en sentido negativo sería acorde con una verdadera concepción laica del Estado. Al contrario, la apertura a una dimensión positiva de dicho derecho conduce a una tendencia comunitarista y antiliberal, en la medida que termina poniéndose énfasis en la comunidad (Iglesia, entidad religiosa, etc.) y no en el individuo (RUIZ MIGUEL, 2009: 44).

En relación con el rol prestacional del Estado, dice el autor: «"la medida y proporción" en la que se puede reclamar el derecho a la libertad religiosa como prestación depende de que exista una comunidad y de su relativa implantación», luego, esto

---

[26] El art. 15 de la Ley de Libertad Religiosa (Ley 29635) establece que el Estado peruano puede suscribir convenios de colaboración sobre temas de interés común «con aquellas entidades religiosas que, estando inscritas en el registro a que se refieren los artículos precedentes [el Registro de Entidades Religiosas], hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades».

[27] En términos de PRIETO: «El tránsito al Estado social parece haber supuesto una cierta mutación en el tratamiento de la libertad de conciencia: si en el Antiguo Régimen inspirado en la confesionalidad o en el modelo de la religión de Estado la intolerancia significaba una discriminación negativa o penal de las minorías, y frente a ese estado de cosas luchó precisamente la filosofía de la tolerancia, ahora la diferencia de trato se cifra en una discriminación positiva de las mayorías» (PRIETO, 2013: 256).

[28] NAVARRO-VALLS se ha referido a la inversión de la Iglesia católica en colegios, hospitales, casas de ancianos y centros para la infancia, que representaría un ahorro considerable para el denominado Estado de bienestar. Por esa razón, en su opinión, la cooperación tendría que ser vista como un concepto que va en ambas direcciones y no sólo del Estado hacia la Iglesia (NAVARRO-VALLS, 2009: 138-145).

afectaría el derecho a la igualdad, pues «resulta que mientras la igualdad en la libertad religiosa negativa es real y efectiva para los individuos con la mera garantía por parte del Estado de la no interferencia ajena, la igualdad en la libertad religiosa como poder, a través de prestaciones, sólo puede ser real y efectiva para las comunidades [...]» (RUIZ MIGUEL, 2009: 43-44).

Al contrario, OLLERO afirma que lo correcto en el caso de los no creyente es, en efecto, contar con una libertad religiosa de tipo negativa, que no podría ser positiva en forma alguna pues ello supondría que el Estado auspicie dicha creencia (o no creencia). Según el autor: «Convertir el agnosticismo en confesión religiosa ya suena paradójico; reclamar para ella el principio de cooperación bordea el esperpento» (OLLERO, 2009: 207).

Compartimos lo dicho por RUIZ MIGUEL, en el sentido de que las acciones derivadas de la concepción positiva de la laicidad muestran una tendencia comunitarista de corte antiliberal, en la medida que pueden afectar derechos individuales, esencialmente la igualdad de trato. OLLERO, en cambio, incurre en un argumento falaz al identificar la neutralidad que se le exige al Estado con una suerte de adhesión al ateísmo o al agnosticismo. Lo que precisamente se exige en virtud del principio de laicidad es que el Estado no patrocine manifestaciones vinculadas a las creencias religiosas (pero también antirreligiosas) de cierta parte de la población. Pedir que se abstenga de ello no supone adoptar una concepción atea, sino neutral.

Por ilustrarlo con un ejemplo: es posible acompañar a quien reza (compartir su fe), mantener una prudencial distancia respecto de él (la distancia de quien ni comparte ni rechaza, pero respeta) o también es posible prohibir al que reza que lo haga. El punto en el que se encontraría el Estado laico es el segundo y no el tercero. El hecho de que el Estado no facilite el lugar, los elementos necesarios o el momento para que se produzca dicho acto de fe no lo vuelven un Estado agresivo respecto del fenómeno religioso, pues no es parte de su labor facilitar esos medios, sino de quienes pertenecen a esa fe (más todavía si está institucionalizada) y que en sus iniciativas de organización sí deberían contar con las facilidades estatales para su adecuada organización y funcionamiento (agilización en el trámite de licencias de construcción de edificios destinados al culto o de su constitución como asociaciones, por ejemplo).

Decir, como hace OLLERO, que a los ateos y agnósticos sólo les toca una libertad negativa, mientras que los creyentes (y, en los hechos, los creyentes de la fe mayoritaria) sí tienen una libertad positiva y las ventajas derivadas de la actuación promocional de la misma (muchas veces subvencionadas por el dinero de los propios no creyentes) resulta discriminatorio.

Estamos de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana cuando sostiene que, cuando hablamos de laicidad, es importante hacer una clara distinción entre una *igualdad de oportunidades* —de manera que es posible exigir a un Estado laico que garantice que todas las religiones tengan las mismas oportunidades y desarrollen sus actividades en plena libertad (lo que sería consecuencia del derecho a la libertad de conciencia, religión y culto)[29]— y una *igualdad de resultado*, que no es función del Estado laico

[29] En ese sentido serían correctas algunas de las llamadas *medidas de acomodamiento* a favor de los individuos que forman parte de ciertas minorías religiosas. Como recuerdan MACLURE y TAYLOR estas medidas tienen

garantizar y que es, precisamente, lo que conduciría a pensar que es deber del Estado *promover* a todas las religiones por igual. En palabras de la Corte:

> La neutralidad, derivada de la laicidad, no consistirá en la búsqueda por parte del Estado de un tratamiento igual a las religiones a partir de las actividades que éste realice en relación con ellas. La neutralidad estatal comporta que las actividades públicas no tengan fundamento, sentido u orientación determinada por religión alguna —en cuanto confesión o institución—, de manera que las funciones del Estado sean ajenas a fundamentos de naturaleza confesional. En este sentido, la igualdad no se logra motivando las funciones estatales con base en intereses de todas las religiones por igual —algo, por demás, de imposible realización en la práctica—, pues esta pretendida igualdad, en cuanto vincula motivos religiosos en las actividades estatales, sería diametralmente contraria al principio de secularidad que resulta ser el núcleo del concepto de laicidad estatal y, de su concreción, el principio de neutralidad[30].

5. EL CASO PERUANO: COLABORACIÓN Y ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA

La vinculación entre el Estado peruano y la Iglesia católica quedó establecida desde inicios de la República[31]. La primera Constitución de 1823 no hizo sino confirmar el carácter confesional del Estado peruano y a lo largo de las varias Constituciones que siguieron a ésta se fue pasando de una marcada confesionalidad al respaldo expreso a la religión católica[32].

Con el fin del gobierno militar y la dación de la Constitución de 1979, el Patronato Nacional fue derogado para dar paso a un sistema de independencia y autonomía estatal. Aunque con la Constitución de 1979 se buscó adoptar un modelo de Estado laico, nació también una nueva obligación para el Estado peruano: el deber de cooperación. Este compromiso se consolidó con la firma del Concordato de 1980, por el cual el Estado peruano se obliga a prestar su colaboración a la Iglesia católica[33].

---

su fundamento en las políticas de reconocimiento de minorías tradicionalmente excluidas y han sido pensadas para corregir problemas derivados de la falta de neutralidad de determinadas normas jurídicas que se aplican a todos los ciudadanos de un Estado y que, por razones prácticas, resultan inevitables, pues como dicen los autores: «Hay normas que simplemente no pueden ser culturalmente neutrales» (MACLURE y TAYLOR, 2011: 90). Por ejemplo, la que establece el domingo como día de descanso.

También NUSSBAUM se ha referido a este tipo de medidas como una suerte de remedios frente a la concepción liberal tradicional (lockeana) de la libertad religiosa y su supuesta neutralidad, que puede derivar en formas sutiles e involuntarias de discriminación (NUSSBAUM, 2013: 95-119).

[30] Sentencia C-766/10, de 22 de septiembre de 2010, 29.

[31] Es así que en el art. 16 del Reglamento Provisional de Huaura, dado por José de San Martín en febrero de 1821, se dispuso reasumir la figura del *Patronato*, a través del cual la Santa Sede reconocía ciertas tareas de evangelización al Estado peruano (ABAD, 2012: 42). Las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica se vieron reforzadas también por el Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821, por el cual San Martín instituyó como religión del nuevo Estado peruano a la católica.

[32] Para un desarrollo de este proceso, *vid.* ABAD, 2012: 42-62.

[33] No obstante, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 abren la posibilidad de suscribir convenios de colaboración con otras confesiones. Ello ha sido recogido en la Ley núm. 29635, Ley de Libertad Religiosa, y en su reglamento. En razón de estos cuerpos normativos, promulgados entre diciembre de 2010 y julio de 2011, el deber de colaboración deja de ser exclusivo de las relaciones entre la Santa Sede y el Estado peruano, para incluir a otras confesiones que cumplan con algunos requisitos, como su inscripción en los registros gubernamentales, el contar con determinado número de fieles y su carácter de estabilidad y permanencia.

Formalmente, el Concordato es un tratado internacional celebrado por sujetos de derecho internacional (entre los que se encuentran los Estados, las organizaciones internacionales y, con un estatuto especial, la Iglesia católica), al que se le aplican las normas del derecho internacional público. Lo cierto, sin embargo, es que el acuerdo con la Santa Sede ha significado un conjunto de beneficios a favor de la Iglesia católica que se traducen en aspectos como los siguientes: subvenciones, exoneraciones y beneficios tributarios; reconocimiento de la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar (a efectos de su efectiva implementación en las escuelas públicas, el nombramiento de los profesores de religión estará a cargo del obispo), aunque la ley establece que los padres pueden pedir que sus hijos sean exonerados de dicha materia por razones de conciencia; existencia de vicarios castrenses y de servicios religiosos para los fieles en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios.

El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que el concepto de colaboración que incorpora el texto constitucional nos sitúa en un modelo intermedio, ni de unión ni de separación absoluta entre el Estado y las confesiones religiosas[34]. Asimismo, ha defendido la dimensión positiva de la libertad religiosa[35].

En la sentencia que resolvió el expediente núm. 06111-2009-PA/TC (caso en el que se discutía la presencia del crucifijo y la Biblia en las salas judiciales y despachos de magistrados), el Tribunal consideró que en tanto el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa, «por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico» (fundamento 25). Asimismo, resaltó el valor cultural e histórico de la religión católica, señalando que «la Constitución, junto con el principio de laicidad del Estado, considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana» (fundamento 29) y recordó lo dicho en una sentencia anterior, en el sentido de que: «No puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano —la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación— [...]» (expediente núm. 3283-2003-AA/TC, fundamento 23).

En el caso, el Tribunal Constitucional peruano consideró legítima la presencia de los símbolos de la religión católica (el crucifijo y la Biblia), en las salas y despachos judiciales a nivel nacional, arguyendo el valor cultural, no necesariamente religioso, de los mismos. A partir de lo que, creemos, constituye una concepción distorsionada de la laicidad del Estado, sostuvo que aunque el principio de laicidad define al Estado como radicalmente incompetente ante la fe:

> no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de *Estado confesional no religioso.* Así, tanto

[34] Fundamento 31 de la sentencia recaída en el expediente núm. 06111-2009-PA/TC.

[35] «La libertad religiosa, como toda libertad constitucional, consta de dos aspectos. Uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa» (fundamento 15 de la sentencia recaída en el expediente núm. 0256-2003-HC/TC).

puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado «laicista», hostil a lo religioso (fundamento 28).

De este modo, el Tribunal consideró que la prohibición del crucifijo y la Biblia en las salas y despachos judiciales sería una forma de persecución del fenómeno religioso y algo así como una suerte de promoción del ateísmo o el agnosticismo[36].

De forma similar piensa OLLERO, quien cree que hoy en día (en España) se presentan formas de discriminación contra los creyentes, producto del pensamiento laicista que considera que las creencias religiosas entorpecen el debate público al estar privadas de racionalidad y que, por tanto, deberían estar circunscritas al ámbito privado (OLLERO, 2007: 275). El profesor español considera que la laicidad positiva, reconocida por el Tribunal Constitucional español, permitiría desechar una interpretación, según él, laicista, y optar por un modelo de Estado comprometido con la neutralidad, pero también «al servicio de una sociedad que no es neutra ni, en la medida que se respete su pluralismo, tiene por qué verse neutralizada» (OLLERO, 2007: 270).

Podría ser atendible la crítica de OLLERO cuando se refiere al desprecio con que el laicismo ha visto a las creencias religiosas y que obedece a la visión del secularismo moderno —deudor del pensamiento racionalista y cientificista de la modernidad— al que nos referimos en la primera parte de este trabajo. Sin embargo, revalorar la dimensión espiritual del individuo en las sociedades postseculares —concediéndoles el respeto y consideración debida a las creencias religiosas, que le permiten al sujeto alcanzar objetivos distintos a los que podría lograr a través de la ciencia u otro tipo de conocimiento—, no supone admitir la validez, ni siquiera la intromisión, de los argumentos religiosos o de las manifestaciones religiosas en el ámbito público.

El propio HABERMAS —a quien cita el autor (OLLERO, 2007: 275)— ha afirmado que en el *espacio público institucional* debe mantenerse «un lenguaje que todos los ciudadanos puedan comprender» (HABERMAS, 2008: 6). De este modo, contrariamente a lo que querría la Iglesia, aspectos como la discusión en torno a la denominada *unión civil* entre personas del mismo sexo pueden ser libremente debatidos en el ámbito de la sociedad civil, incluso bajo razones religiosas —si se quiere, incluso mediante argumentos intraducibles y no universalizables[37]—, pero ese tipo de razones no pueden ni

---

[36] «El hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa.

La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú» (fundamento 49).

[37] Con base en una concepción amplia de debate público, serían admisibles incluso las pancartas colocadas en varias calles de Lima por cierto movimiento religioso evangélico, no obstante haber sido consideradas por algunos como una forma de discriminación o de lenguaje de odio. Un diario de la capital da cuenta de la demanda interpuesta por un joven homosexual contra el Movimiento Mundial Bethel, por la colocación de paneles en contra de la *unión civil*, que, en su opinión promueven la violencia contra la comunidad LGTB (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) y atentan contra el derecho del consumidor a no ser discriminado (arts. 1 y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor). En dichos paneles aparecían frases bíblicas, como la siguiente: «No te echarás con varón como con mujer; es abominación» (Levítico 18:22). La información ha sido

deben ser llevadas al espacio público institucional (al Congreso, por ejemplo, como ha ocurrido en los debates realizados en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos a propósito de la propuesta de la ley de unión civil en el Perú)[38].

Por tanto, resulta erróneo presentar a la laicidad como laicismo y, de este modo, oponerla a la laicidad positiva. La laicidad liberal bien entendida —que es un principio al servicio de los derechos de libertad y de igualdad de todos los sujetos—, cuando no es concebida dogmáticamente (sino que está abierta a la ponderación en los casos concretos), supone en principio la neutralidad del Estado frente a las creencias religiosos, que no le toca auspiciar ni promover. Y no promover, no es igual a perseguir.

Contrariamente a lo que dice el Tribunal Constitucional peruano en el sentido de que «por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle [el Estado], se comportará siempre como Estado laico» (fundamento 25 de la sentencia recaída en el expediente núm. 06111-2009-PA/TC), nosotros creemos que en casos como estos, en los que se admite la presencia de los símbolos de una fe particular en el ámbito público institucional (juzgados, salas judiciales o despachos judiciales), el Estado emite un mensaje de respaldo en nada neutral y, con ello, deja de comportarse como un Estado laico.

Pero además, como bien apunta Rey en un artículo referido al caso —en el que analiza los argumentos, a veces contradictorios, esgrimidos por el Tribunal Constitucional— el argumento de la *tradición* que resalta el significado histórico-cultural de los símbolos en cuestión, los cuales en teoría habrían perdido buena parte de su significado religioso para tornarse símbolos culturales, no parece convincente. Según Rey, en opinión que compartimos, en el caso del crucifijo no estaríamos ante una tradición religiosamente neutra, como sí lo sería el reconocimiento del domingo como día de descanso, la inclusión de los símbolos religiosos en algunas banderas[39] o el nombre religioso de ciertas calles o ciudades (Rey, 2011: 13-15).

Como sostuvo la Corte Constitucional colombiana en el caso de la objeción presidencial al Proyecto de Ley de Honores que Exalta como Ciudad Santuario al Municipio de la Estrella Antioquía, en este tipo de casos debería evaluarse el carácter *predominantemente cultural* de la manifestación concreta. En la sentencia se recuerda cómo en una anterior al evaluar la constitucionalidad del descanso laboral dominical y de los días festivos nacionales, provenientes de la tradición católica, la Corte consideró que aunque en su origen tuvieron raíces religiosas, hoy priman elementos culturales propios de la sociedad colombiana, de manera que hubo una evolución desde el rito religioso y el compromiso del Estado con la Iglesia hacia «*motivaciones de carácter laico*, que buscan asegurar el esparcimiento, el gozo, el descanso de los asociados, o la previsión social de

---

extraída de la siguiente página web: *http://diario16.pe/noticia/49643-joven-demanda-bethel-colocacion-paneles-contra-union-civil*. Visitada el 20 de julio de 2014.

[38] En ese contexto, el congresista Julio Rosas sostuvo lo siguiente: «La familia es una institución natural establecida por el Creador, se quiera o no aceptar, se crea o no se crea...». «Por tanto la familia viene a ser sagrada». Video disponible en *http://www.youtube.com/watch?v=dTcBVh42vjg*. Página visitada el 26 de julio de 2014.

[39] El Tribunal Constitucional se refiere, por ejemplo, al escudo de la Municipalidad de Lima, que contiene una estrella y tres coronas alusivas a la estrella de Belén y los Reyes Magos, o al escudo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que contiene la imagen del santo escribiendo un evangelio (fundamento 42).

las clases trabajadoras, o sus condiciones de remuneración, o lo elementos económicos principalmente concernientes a la productividad en este sector...»[40].

En ese mismo caso, el voto del magistrado MENDOZA MARTELO —contrario al de la mayoría— consideró que debía tomarse en cuenta el carácter pluralista del Estado colombiano y que, en su opinión supone ser tolerante con las tradiciones culturales «que si bien tienen un contenido religioso, no se agotan o limitan en éste, razón por la cual no constituyen fuente de vulneración del principio de neutralidad estatal que rige las relaciones iglesia-estado dentro de un Estado laico».

El argumento del pluralismo ha sido usualmente utilizado para avalar este tipo de promociones estatales vinculadas a expresiones religiosas y también culturales. No obstante, consideramos que eso no debe cegar el hecho de que la laicidad bien entendida impide respaldar concepciones o manifestaciones religiosas (o antirreligiosas) particulares. El hecho de que muchas de ellas contengan a su vez un matiz cultural no las deja de hacer religiosas y por ello no deberían pasar de contrabando a partir de la aludida referencia al pluralismo. Por eso, creemos que es fundamental —con lo difícil que puede ser determinarlo en algunos casos— tomar en cuenta el test de predominancia que propone la Corte colombiana. De lo contrario, el principio de laicidad sería prácticamente letra muerta en relación con la presencia de muchos símbolos religioso (en especial de los que, por tradición histórica, tienen predominancia en cada contexto: en nuestro caso los católicos).

Como dice RUIZ MIGUEL (quien, de forma similar, considera que en estos casos debería atenderse a la existencia de una «dominante significación religiosa»), a propósito de lo que fue la cuestionable decisión final adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lautsi y otros c. Italia* (2011): «Hay casos, como precisamente el del crucifijo en las escuelas, en los que la opción pluralista no es posible» (RUIZ MIGUEL, 2013: 22). Y no lo es, justamente, porque el Estado tendría que verse obligado a determinar los criterios de aceptabilidad de ciertas manifestaciones y, de ese modo, comprometerse con una valoración positiva o negativa de los mismos, con lo cual dejaría de lado su neutralidad sobre las diversas concepciones del bien o de lo bueno, que es propia de la tradición liberal. Como se dijo, la neutralidad, propia de la laicidad liberal, supone no sólo no distinguir en el valor de ciertas religiones, sino respecto del valor de lo religioso en sí. Por eso, dice el autor que la laicidad positiva tornada en cierta forma de ecumenismo (o trato preferente a toda opción religiosa, con exclusión de las no religiosas) supone un cierto tipo de confesionalismo (RUIZ MIGUEL, 2013: 45).

Por lo dicho hasta aquí, creemos que en la cuestión de la relación que puede presentarse entre símbolos religiosos y tradiciones culturales lo importante es atender al nivel de incidencia que tiene el mensaje religioso en el caso concreto, y eso supone una valoración que no puede ser sino particular y contextual. Por eso, nuestro Tribunal Constitucional incurre en una mala argumentación cuando al valorar la posible prohibición de ciertas manifestaciones de fe compara casos que no son comparables entre sí. En el fundamento 50 de la sentencia referida al caso del crucifijo en las salas y despachos judiciales señala:

---

[40] Sentencia C-766/10, de 22 de septiembre de 2010, 33-35.

> Plantearse obligar al Estado al retiro de un símbolo religioso que ya existe y cuya presencia se explica por la tradición del país, implica preguntarse si la mera presencia del crucifijo o la Biblia tienen la capacidad de perturbar a un no creyente al punto de afectar su libertad religiosa. Si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad, habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes.
>
> Así, por ejemplo, el Estado, en nombre de una supuesta laicidad, tendría la obligación de retirar la cruz del cerro San Cristóbal o prohibir el recorrido por lugares públicos de la procesión del Señor de los Milagros, o suprimir del calendario de feriados no laborables fechas de origen religioso católico como la Navidad o el Jueves o el Viernes Santo, con el argumento de que de lo contrario se ofende a los miembros de religiones no católicas, agnósticos o ateos, que pueden verse emocionalmente afectados por la sola presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos o porque dichos feriados están marcados por una celebración o, en su caso, conmemoración ligada a la religión católica.
>
> Si el Estado procediera así, estaría «protegiendo» en realidad «emociones» de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa.

En primer lugar, la argumentación del Tribunal no se centra en el aspecto principal de la discusión, pues hace recaer la misma en la posible afectación emocional del demandante (aunque, es verdad que ese fue el argumento sostenido por él). El problema con la presencia de los símbolos en cuestión en un Estado constitucional no es si estos afectan la sensibilidad de algunos (de hecho, el derecho no está para proteger sensibilidades), sino si con eso se afecta la neutralidad de Estado y en último término el principio de igualdad.

Luego, como dijimos, alude a casos que no son comparables entre sí, yendo de forma efectista y falaz contra uno de los criterios centrales de la ponderación. No es lo mismo retirar crucifijos de las salas judiciales (signo claro de una fe, y no mero elemento cultural, situado además en un espacio público *institucional*) que retirar esa misma cruz del cerro San Cristóbal (un espacio público, pero no institucional). Tampoco sería lo mismo prohibir el recorrido por lugares públicos de la procesión del Señor de los Milagros (hecho que no debería prohibirse) que promover o aceptar su recorrido *dentro de* establecimientos públicos institucionales (como juzgados, ministerios, etc.).

Esa falta de matices se advierte también en el caso en que el Tribunal consideró infundada una demanda de amparo, presentada por un ciudadano evangélico, para que se ordene al Congreso se abstenga de aprobar un Proyecto de Ley que buscaba declarar al Señor de los Milagros como Patrono del Perú (luego «Señor de los Milagros Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú» y «símbolo de religiosidad y sentimiento popular»). En los considerandos del caso, el Tribunal sostiene que:

> Así se explica que diversos signos de identidad del Estado, como escudos o nombres de municipios o instituciones públicas, así como conmemoraciones o actuaciones institucionales (por ejemplo, la tradicional Misa y Te Deum por el aniversario de la independencia nacional) se encuentren vinculados a la religión católica o resulte reconocible su origen religioso cristiano, como lo que acontece también con nuestro himno nacional [«[...] antes niegue sus luces el sol, que faltemos al voto solemne que la patria al Eterno elevó» (coro); «[...] renovemos el gran juramento que rendimos al Dios de Jacob» (estrofa VI)][41].

[41] Fundamento 17 de la sentencia recaída en el expediente núm. 03372-2011-PA/TC.

En relación con la denominada Misa y Te Deum, a la que se refiere el Tribunal, nos parece que es el mejor ejemplo de lo que no constituye laicidad del Estado. Si una misa no tiene contenido predominantemente religioso no vemos qué otra cosa podría tenerlo. Una misa no es una cuestión cultural (o meramente cultural, pues obviamente casi cualquier rito religioso es cultural también), es una manifestación propia de una fe. Por tanto, es engañoso sostener que la La Misa y Te Deum es un signo identitario de la nación, sin atender a que se trata de una tradición claramente religiosa, con rito y sermón incluido, y al que asisten las principales autoridades del Estado, no en su calidad de fieles sino de representantes de un Estado que se supone laico.

Al contrario, el himno nacional es obviamente un símbolo patrio y sus estrofas alusivas a Dios pueden entenderse en función al momento histórico en que fue creado. Aunque a algunos no creyentes pueda resultarles chocante la referencia a Dios, sería un despropósito —no pensamos que sea razonable— proponer una iniciativa a fin de eliminar esas menciones que surgieron en un momento claramente determinado por la religiosidad y la falta de distinción entre los ámbitos religioso y estatal. No se trata, por tanto, de ir quitando estrofas al himno ni de eliminar los nombres santos de las calles y plazas que así los obtuvieron históricamente. La ponderación en cada caso permitirá mostrar cuándo nos encontramos ante una situación predominantemente religiosa y cuándo ésta ha ido perdiendo esa centralidad. Pero que se diga que el crucifijo o, peor, una misa no tienen contenido esencialmente religioso es un despropósito.

Ahora bien, en cuanto al uso del argumento de la identidad nacional que, de algún modo, pretende conducirnos de la sacralidad religiosa —claramente inadmisible en el Estado constitucional y democrático— a cierto tipo de sacralidad laica —la de los símbolos patrios— es curioso advertir cómo el argumento cultural intenta pasar de una versión meramente comunitarista a una, usualmente más aceptada, forma de republicanismo. Así, los símbolos religiosos se asocian o ligan a símbolos nacionales que, a diferencia de los religiosos, sí sería bienvenidos en el ámbito público. Este argumento, sin embargo, suele incurrir en nuevas falacias y trampas. En *Lautsi*, por ejemplo, se cita al crucifijo como un símbolo cultural cuyo valor derivaría de su vinculación con el desarrollo de la civilización europea. Así, se ata cristianismo y cultura europea y se introduce una valoración positiva, avalada y promovida por el Estado, de lo que no deja de ser un símbolo religioso. Ese mismo razonamiento es usado por nuestro Tribunal Constitucional cuando dice que «no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano —la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación—»[42].

Como explica Rainer FORST, el hecho de identificar las creencias de una mayoría con las bases de las instituciones políticas viola el principio de justificación de la justicia (en una democracia las instituciones se deben justificar a partir de razones recíprocamente aceptadas, no de razones particulares, como las derivadas de una fe determinada) y de igual respeto (derivado del principio anterior, pues nos exige respetar el derecho a la justificación que tienen los otros a través de razones que puedan ser recíprocamente aceptables; lo que excluye, una vez más, las razones privadas de una fe) (FORST, 2004: 317-318).

---

[42] Fundamento 18 de la sentencia recaída en el expediente núm. 03372-2011-PA/TC.

Asimismo, FORST nos recuerda que si se aceptara la idea de que el Estado liberal se construye sobre una base ética común, entonces la dialéctica de la tolerancia (vinculada a los principios de justificación e igual respeto) podría peligrar. Como bien dice el autor, habría un problema con el Estado liberal y democrático si éste necesitara volver sobre sus supuestas bases culturales o éticas, vinculadas a los valores o creencias de alguna religión particular, para poder subsistir (FORST, 2004: 320).

6. CONCLUSIONES

El denominado *retorno del fenómeno religioso* ha significado una revisión del discurso de la modernidad en torno a la secularización y, con ello, al espacio que tendría la religión en el ámbito público.

En ese contexto, conceptos como los de laicidad y neutralidad estatal frente a lo religioso son puestos en entredicho y se discute también cual es el lugar que debería corresponderle a la religión (y al discurso religioso) en el marco de los actuales Estados constitucionales y de las sociedades postseculares, en términos de HABERMAS.

La laicidad del Estado supone que éste no deba establecer una valoración favorable ni desfavorable de ciertas creencias, o incluso del propio hecho de creer en Dios (aspectos que en todo caso le toca valorar a la propia religión, a la filosofía, a la psicología o alguna otra dimensión del saber humano). Este requisito de neutralidad en un Estado constitucional y democrático, no se justifica en una cerrada concepción racionalista o cientificista, sino en la idea —propia del pensamiento liberal— de que es conveniente que el Estado se mantenga al margen de la valoración de las particulares concepciones del bien (incluidas la religiosa) y así evite una intromisión de tipo perfeccionista en la autonomía del individuo o trate de forma discriminatoria a algunos individuos o grupos.

Leída en clave de libertad positiva, en cambio, la libertad religiosa es entendida por algunos como una invitación a la promoción —y valoración positiva— de lo religioso por parte del Estado. Esta situación supone la adopción de un modelo de laicidad cuestionable, en la medida que no sólo afecta al principio de neutralidad que debe mantener el Estado frente a las confesiones religiosas y frente al hecho mismo de lo religioso, sino que puede terminar vulnerando los derechos de libertad y de igualdad que dicho principio, precisamente, pretende garantizar en un Estado democrático.

De este modo, se ofrece un tratamiento diferenciado a los creyentes y no creyentes, condicionado por el mayor o menor grado de institucionalidad de su creencia. Ello supone una concepción comunitarista que apunta a la mayor protección de los derechos del grupo que del individuos (o que, en todo caso, protege los derechos del individuo en la medida que forme parte de un grupo, en este caso religioso).

Pero además, esta visión de tipo comunitarista ni siquiera se sostiene en el argumento, usualmente defendido por el comunitarismo, y que en ocasiones puede resultar atendible, referido a la necesidad de adoptar políticas de reconocimiento que permitan reparar situaciones de injusticia cometidas contra ciertos grupos tradicionalmente excluidos. En el caso de las medidas de colaboración con la Iglesia católica, por ejemplo,

se presentan respecto de una creencia mayoritaria y asentada, que tiene una posición dominante en la sociedad.

En el caso peruano, aunque desde un punto de vista formal el Estado se define como laico, tanto la interpretación de las normas que regulan este tema como la actuación de los actores públicos y privados involucrados muestran una concepción de laicidad y de neutralidad del Estado muy deficitaria.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD, S., 2012: *¿Es el Perú un Estado laico? Análisis Jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos,* Lima; Católicas por el Derecho a Decidir - Perú.

BAUMAN, Z., 2006: *Vida líquida,* Barcelona: Paidós.

BECK, U., 2009: *El Dios personal. La individualización de la religión y el «espíritu» del cosmopolitismo,* Barcelona: Paidós.

BERGER, P., 2008: «Secularization falsified», *First Things*, en *http://www.firstthings.com/article/2008/01/002-secularization-falsified-1*. Consulta: 12 de julio de 2013.

BERLIN, I., 2005: *Dos conceptos de libertad y otros escritos,* Madrid: Alianza.

BOHOSLAVSKY, E., 2013: «Laicidad y América Latina», *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para entender y pensar la laicidad,* núm. 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

BLANCARTE, R., 2008: «Laicidad y Laicismo en América Latina», *Estudios Sociológicos,* núm. 1 (vol. XXVI).

— 2011: «América Latina: Entre pluri-confesionalidad y laicidad», *Civitas,* núm. 2 (vol. 11).

CALHOUN, C., 2011: «Epílogo», en HABERMAS, TAYLOR *et al., El poder de la religión en la esfera pública*, Madrid: Trotta.

CARABANTE, J., 2012: «De laicista a laico. Jürgen Habermas y el uso estratégico de las creencias religiosas», *Cuadernos de pensamiento político*, abril-junio.

CHIASSONI, P., 2013: «Laicidad y libertad religiosa», *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para entender y pensar la laicidad,* núm. 10, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

EAGLETON, T., 2012: *Razón, fe y revolución,* Barcelona: Paidós.

FERRARA, A., 2007: «The West Blinded by the Ideology of Secularization», *Reset DOC,* en *http://www.resetdoc.org/story/00000000298*. Consulta: el 16 de julio de 2013.

FLORES D'ARCAIS, P., 2008: «Once tesis contra Habermas», *Claves de Razón Práctica,* 179: 56-60.

FRASER, N., 2008: *Escalas de justicia,* Barcelona: Herder.

FORST, R., 2004: «The limits of toleration», *Constellations*, 11 (3): 312-325.

GARCÍA FIGUEROA, A., 2007: «La nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos. Un *test* para la racionalidad del sistema educativo», *Sistema,* 199: 61-78.

HABERMAS, J., 2006: «La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el «uso público de la razón» de los ciudadanos religiosos y seculares», *Entre naturalismo y religión,* Barcelona: Paidós.

— 2008: «La voz pública de la religión. Respuesta a la tesis de Paolo Flores d'Arcais», *Claves de Razón Práctica*, 180: 4-6.

— 2011: «Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política», en HABERMAS, TAYLOR *et al., El poder de la religión en la esfera pública*, Madrid: Trotta.

HUACO, M., 2013: *Procesos constituyentes y discursos contrahegemónicos sobre laicidad, sexualidad y religión,* Buenos Aires: CLACSO.

JUDT, T., 2011: *Algo va mal,* Madrid: Taurus Pensamiento, 5.ª ed.

MACLURE, J., y TAYLOR, C., 2011: *Laicidad y libertad de conciencia,* Madrid: Alianza Editorial.

NAVARRO-VALLS, R., y RUIZ MIGUEL, A., 2009: *Laicismo y Constitución,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2.ª ed.

NUSSBAUM, M., 2011: *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto,* Buenos Aires: Katz.

— 2013: *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar el miedo en una época de inseguridad,* Barcelona: Paidós.

OFFE, C., 1998: «Homogeneity and constitutional democracy: coping with identity conflicts through group rights», *The journal of political philosophy*, 2 (6): 113-141.

OLLERO, A., 2007: «Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24: 265-276.

— 2009: «Igualdad, laicidad y religiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13: 205-216.

PRIETO, L., 2013: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica,* Madrid: Trotta.

QUESADA CASTRO, F., 2005: «Democracia y virtudes públicas», en CEREZO (ed.), *Democracia y virtudes cívicas,* Madrid: Biblioteca Nueva.

RAWLS, J., 1995: *Liberalismo político,* México: Fondo de Cultura Económica, 3.ª ed.

— 2001: *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública,* Barcelona: Paidós.

— 2002: *La justicia como equidad. Una reformulación,* Barcelona: Paidós.

REVILLA, M., 2013: «El sistema de relación Iglesia-Estado peruano: Los principios constitucionales del derecho eclesiástico del Estado en el ordenamiento jurídico peruano», *Pensamiento Constitucional,* 18: 447-468.

REY, F., 2005: « La laicidad "A la francesa": ¿Modelo o excepción?», *Persona y Derecho*, 53: 37-64.

— 2011: «Símbolos religiosos en espacios públicos (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Constitucional peruano», *Memoria del X Congreso de Derecho Constitucional del Perú*.

RUIZ MIGUEL, A., 2010: «La laicidad y el eterno retorno de la religión», en VASQUEZ, RUIZ y VILAJOSANA (eds.), *Democracia, religión y Constitución,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

— 2013: «Laicidad y Constitución», *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para entender y pensar la laicidad,* núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

RUIZ MIGUEL, A., y NAVARRO-VALLS, R., 2009: *Laicismo y Constitución,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

SEN, A., 2007: *Identidad y violencia: la ilusión del destino,* Madrid: Katz.

TODOROV, T., 2008: *El miedo a los bárbaros. Más allá del choque de civilizaciones,* Barcelona: Galaxia Gutenberg/Círculo de lectores.

VAGGIONE, J., 2008: *Religión y sexualidad: Entre el absolutismo y la diversidad,* Córdoba: Católicas por el Derecho a Decidir.

ARTÍCULOS

LOS LÍMITES DE LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN *

J. J. Moreso

Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN. Este trabajo está dedicado a explorar qué condiciones deben reunir las proposiciones referidas a nuestro mundo real para poder ser combinadas con las proposiciones jurídicas y obtener nuevas proposiciones jurídicas. Las proposiciones jurídicas son el significado de oraciones prefijadas por el operador intensional «Según el derecho». El uso de oraciones con este operador produce interesantes peculiaridades de los razonamientos jurídicos: así, hay proposiciones verdaderas en nuestro mundo que no pueden combinarse con algunas proposiciones jurídicas y hay proposiciones falsas en nuestro mundo que son candidatas a integrar los razonamientos jurídicos. En este sentido, guardan alguna analogía con las proposiciones referidas a la ficción. De este modo se restringe el alcance de la —denominada por Joseph Raz—, tesis de la incorporación, según la cual todo el derecho está basado en las fuentes o implicado por el derecho basado en las fuentes.

Palabras clave: Semántica y pragmática en el derecho, proposiciones jurídicas, razonamiento jurídico, verdad en la ficción, tesis de la incorporación.

The Limits of Incorporation Thesis

ABSTRACT. This paper deals with what conditions should have propositions referred to our actual world in order to be combined with the propositions of law and to obtain new propositions of law. The propositions of law are the meaning of sentences with the prefix «According to the law». The use of sentence with this operator reveals interesting peculiarities of legal reasoning: thus, there are true propositions in our actual world which cannot be combined with some propositions of law and there are false propositions in our present world which are candidates to figure out as premises of legal reasoning. In this sense, they show certain analogy with propositions referred to a fiction world. The so-called —by Joseph Raz— incorporation thesis, that is to say, all law is either source-based or entailed by» source-based law should be constrained for achieving plausibility.

Keywords: Semantics and pragmatics in law, propositions of law, legal reasoning, truth in fiction, incorporation thesis.

---

* Fecha de recepción: 12 de junio de 2015. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.

Una versión de este trabajo fue presentada como ponencia en el Máster de Argumentación jurídica de la Universidad de Alicante, el 11 de junio de 2015. Quedo agradecido a las observaciones de todos los participantes, en especial de Josep Aguiló, Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero. También a las de Chiara Valentini y a las múltiples conversaciones sobre la cuestión con Samuele Chilovi. La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la financiación del proyecto de investigación *Constitucionalismo global y justicia global* del Ministerio español competente y al grupo de investigación de Filosofía del Derecho de la Generalitat de Cataluña.

Qui vult vivere, accedat, credat,
incorporetur ut vivificetur.
Lectio 7, *Catena Aurea in Ioannem*
TOMÁS DE AQUINO (2000)

1. INTRODUCCIÓN: LA ISLA DE MENORCA Y LOS GANSOS

A todos nos parece correcto un argumento jurídico como el siguiente:

[1a] Según el derecho D, los compradores deben pagar el precio de la cosa objeto de la compraventa.

[2a] Sempronia compró a Cayo un i-pad.

Luego

[3a] Según el derecho D, Sempronia debe pagar a Cayo el precio del i-pad.

Este argumento presupone algunas cosas: presupone, en primer lugar, que proposiciones como [1a] son adecuadas descripciones de lo que el derecho establece, expresan el contenido de las *proposiciones jurídicas*. En segundo lugar, presupone que estas proposiciones jurídicas pueden ser combinadas con otras proposiciones no-jurídicas, descripciones verdaderas del mundo, para obtener conclusiones en la forma de nuevas proposiciones jurídicas. Por tanto, al parecer las proposiciones jurídicas combinadas con las proposiciones no-jurídicas forman un conjunto clausurado mediante sus consecuencias lógicas.

Sin embargo, hay supuestos en los que este tipo de razonamientos producen resultados controvertidos. Hay casos en los que proposiciones no-jurídicas falsas, permiten concluir proposiciones jurídicas verdaderas y hay casos en los que proposiciones no-jurídicas verdaderas combinadas con proposiciones jurídicas verdaderas, no permiten inferir conclusiones jurídicas verdaderas.

Veamos dos supuestos de ello. Comencemos por el caso más obvio de proposiciones falsas que son aceptables en el razonamiento jurídico. Se trata de las *ficciones jurídicas*[1]. Una famosa ficción jurídica es aquélla mediante la cual la isla de Menorca es parte de Londres. En el caso *Mostyn v. Fabrigas*[2], Fabrigas, un residente de la isla de Menorca entonces bajo dominio inglés, fue encarcelado por Mostyn, al parecer arbitrariamente, que era el gobernador de la isla. Dado que ninguna demanda podía ser aceptada en Menorca sin el consentimiento del gobernador, Fabrigas presentó la demanda ante la *Court of Common Pleas* de Londres por secuestro y detención ilegal y consiguió una sentencia favorable del jurado que obligó a indemnizarle con 3.000 libras, Mostyn apeló arguyendo que el tribunal sólo tenía jurisdicción para conocer de casos entre ciudadanos residentes en Londres. No obstante, Lord Mansfield concluyó que Menorca era parte de Londres para los propósitos de la acción y el *King's Bench* confirmó la sentencia. Un argumento que puede ser formalizado del siguiente modo:

---

[1] Ésta era la posición de FULLER, 1967: 9. Matizaciones a dicha posición en HERNÁNDEZ MARÍN, 1986; MENDONCA, 1998; SCHAUER, 2015.

[2] *Mostyn v. Fabrigas,* 1 Cowp. 161, 98 Eng. Rep 1021 (K. B. 1774) (Mansfield, L. J.). Contado en muchos lugares, *vid.,* por ejemplo, SCHAUER, 2015: 122.

[1b] Según el derecho D, el tribunal T sólo tiene jurisdicción sobre los ciudadanos residentes en Londres.

[2b] Menorca está en Londres.

[3b] Según el derecho D, el tribunal T tiene jurisdicción sobre los ciudadanos residentes en Menorca.

Éste parece ser un buen argumento jurídico, aunque la proposición contenida en [2b] es patentemente falsa. De hecho, las ficciones jurídicas pueden contemplarse como proposiciones falsas, que el derecho toma como si fuesen verdaderas para determinados efectos. En el Código Civil español (art. 29) se establece que el concebido se tiene por nacido a los efectos que le sean favorables; aunque es obvio que los concebidos son, por definición (necesariamente) no nacidos. En el Código Penal español (art. 239) se establece que se considerarán llaves falsas las legítimas perdidas por su dueño; contra la obviedad que las llaves legítimas (otra vez de manera necesaria) no pueden ser falsas[3]. Las presunciones, en cambio, son proposiciones contingentemente falsas que, de forma definitiva o salvo en prueba en contrario, se toman como verdaderas: así el *code Napoléon* de 1804 establecía (en el art. 312): *«L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari».* Y establecía, sólo a solicitud del marido, unas excepciones muy rígidas. Es obvio que aquí estamos ante una proposición contingentemente verdadera, es decir, que bien puede ser falsa.

Pasemos ahora a un caso en el que una proposición no-jurídica verdadera no permite obtener, cuando es combinada con determinadas proposiciones jurídicas, proposiciones jurídicas verdaderas. Se trata de una historia referida a la Edad Media. Al parecer algunos naturalistas medievales pensaron que los gansos, a los que no veían reproducirse, no eran aves sino animales que evolucionaban a partir de los percebes, por la similitud de estos mariscos con las patas de los gansos. Apoyados en esta conjetura algunos clérigos, así en Irlanda, arguyeron que los gansos eran una comida permitida por la doctrina católica (DC) los viernes de cuaresma, junto con el pescado y el marisco, y no prohibida como las carnes rojas y las carnes blancas[4]. Tomemos esta historia por cierta y supongamos que era saber común en algunas comunidades católicas en la Edad Media, entonces aunque es verdad que

[1c] Según la DC, los viernes de cuaresma no se puede comer carne

y es verdad que

[2c] Comer un plato cocinado con ganso es comer carne;

es falso que

[3c] Según la DC, los viernes de cuaresma no se puede comer un plato cocinado con ganso.

---

[3] Para dar cuenta de la semántica de estas proposiciones, dado que son falsas necesariamente, necesitaríamos recurrir a la noción de mundos *imposibles.* No me ocuparé de ello, pero hay una literatura cada vez más relevante al respecto, *vid.,* por ejemplo, BERTO, 2013.

[4] *Vid.* FRIEDMAN y FIGG (2000: 47). F. SCHAUER (2015: 122, nota 14) cuenta una historia semejante, pero más reciente, tal vez apócrifa, según la cual en 1939 los famosos y queridos ciervos que corretean por los parques del Magdalen College en Oxford tenían el riesgo de ser requisados durante la guerra para ser destinados a alimento por el Ministerio competente. Para evitar dicha eventualidad, se dice que algunos de los influyentes graduados del Magdalen, altos funcionarios en el gobierno, consiguieron que los ciervos fueran reclasificados como verduras y así salvados del matadero.

[2c] no forma parte de las creencias relevantes de la comunidad, sino precisamente su negación.

Bien, pues precisamente de estos casos voy a ocuparme en este trabajo. Para dar cuenta de estas peculiaridades, será preciso analizar adecuadamente el comportamiento lógico del operador «Según el derecho» (sinónimo de «El derecho establece que», «Conforme al derecho», «Jurídicamente», etc.)[5]. Comenzaré exponiendo, con cierto detalle, la tesis de la incorporación, según la cual al derecho pertenecen no sólo las normas basadas en las fuentes sino también todo aquello que está implicado por ellas. Pasaré, a continuación, a mostrar que el operador «Según el derecho», es un operador intensional y, como todos los operadores intensionales, su comportamiento semántico y pragmático tiene peculiaridades que merecen ser destacadas. Y terminaré proponiendo un conjunto de restricciones que deben ser tomadas en cuenta en relación con el comportamiento lógico de las proposiciones jurídicas y de las proposiciones no-jurídicas en los razonamientos jurídicos.

2. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN

En un trabajo de Joseph RAZ, un trabajo seminal para esta cuestión, publicado en 1985 en *The Monist*[6], se distingue entre tres tesis que han dominado el debate desde entonces:

La tesis de las fuentes: todo el derecho está basado en las fuentes.

La tesis de la incorporación: todo el derecho está o bien basado en las fuentes o bien implicado por el derecho basado en las fuentes.

La tesis de la coherencia: todo el derecho consiste en el derecho basado en las fuentes junto con la justificación moralmente más fundada del derecho basado en las fuentes.

Este trabajo de RAZ está dedicado a argüir a favor de la tesis de las fuentes y en contra de las otras dos tesis. Ésta es su forma de vindicar el denominado positivismo jurídico *excluyente*, en contra del positivismo jurídico *incluyente*, que defiende la tesis de la incorporación y del antipositivismo *dworkiniano*, que defiende la tesis de la coherencia[7].

Aunque considero, con las restricciones que resultan de este trabajo, la tesis de la incorporación adecuada y, ampliada convenientemente, también creo que puede hacer plausible la tesis de la coherencia; argumentar a favor de dichas posiciones me llevaría demasiado lejos de los propósitos de este trabajo. La versión raziana de la tesis de la incorporación tiene, al menos dos lecturas. Según la primera versión, la versión débil (TID)[8]:

---

[5] Una idea notada por HERNÁNDEZ MARÍN, 1984, y por RAZ, 1994: 197.

[6] Ahora en RAZ, 1994, *vid.* también más recientemente RAZ, 2004.

[7] Presentaciones panorámicas de estas posiciones en MARMOR, 2002; HIMMA, 2002; MORESO, 2015, para el positivismo jurídico excluyente e incluyente. Para DWORKIN puede verse el propio DWORKIN, 2006: cap. 8.

[8] A menudo dicha tesis se entiende como la incorporación al derecho de pautas y argumentos morales. Yo mismo la he presentado del siguiente modo (MORESO, 2015: 174):

> Cuando las fuentes del derecho (la Constitución, las leyes, los precedentes judiciales, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral.

(TID): las normas que son consecuencia lógica de normas válidas son también válidas.

Esta tesis es el núcleo de la contribución a la teoría del derecho de aquellas concepciones que sostienen que los sistemas normativos son sistemas estructurados mediante la relación de consecuencia lógica, son conjuntos de normas clausurados mediante sus consecuencias lógicas[9].

La segunda versión es más fuerte que la primera, puesto que sostiene:

(TIF): las normas que son consecuencia lógica de normas válidas y de proposiciones verdaderas son también normas válidas.

Esta es la tesis que nos permite decir, por ejemplo, que si hay una norma válida que obliga a los jueces a castigar con una sanción S al funcionario que acepta sobornos y es verdad que el funcionario Ticio ha aceptado sobornos, entonces un juez debe castigar a Ticio a la sanción S. Para la tesis débil, en cambio, sólo podríamos concluir que si Ticio ha obtenido sobornos entonces Ticio debe ser castigado por un juez. Las conocidas objeciones de KELSEN a la aplicación de la lógica a las normas sólo se refieren a la versión fuerte, la versión débil le parece aceptable. Veamos cómo se expresa KELSEN (1991: cap. 58, 250):

> Puede asumirse que el legislador que quiere que alguien que causa la muerte de otro por su conducta deba ser condenado a reclusión perpetua, también quiere que alguien que causa la muerte de otro mediante un disparo deba ser condenado a reclusión perpetua, puesto que puede asumirse que el legislador sabe que uno puede matar a otro si le dispara. Pero no puede asumirse que el legislador quiera que Schuster, quien disparó a Bauer causándole la muerte, ha de ser condenado a reclusión perpetua, puesto que no puede asumirse que el legislador sabe que Schuster disparará a Bauer causándole la muerte [...] La relación entre ambas normas es presentada en la forma de una inferencia:
>
> Si alguien causa de manera intencional la muerte de otro, debe ser condenado a reclusión perpetua.
>
> Disparar puede causar la muerte de una persona.
>
> Luego, alguien que intencionalmente dispara a otro causándole la muerte, debe ser condenado a reclusión perpetua.
>
> Pero esta inferencia no conlleva la validez de norma nueva alguna. La norma presentada como conclusión es ya válida si la norma representada como premisa mayor es válida, puesto que la primera está implícita en esta última.

Es decir, KELSEN no cuestiona las relaciones lógicas entre las normas, sino las relaciones lógicas entre las normas generales, las proposiciones que describen los hechos y las normas individuales. O sea KELSEN acepta la versión débil de la tesis de la incorporación, aunque rechaza la tesis fuerte.

La posición de RAZ, en cambio, no es contraria a que algunas normas implícitas sean válidas, si es posible atribuirlas a las autoridades que las promulgaron.

La presentación raziana es mucho más general y de mayor interés para lo que deseo desarrollar aquí. Al final del trabajo, sin embargo, volveré a la cuestión de la incorporación de pautas morales. Sin embargo, la caracterización raziana hace que posiciones como las referenciadas en la nota siguiente aparezcan como incorporacionistas, cuando algunos de ellos (en especial BULYGIN, *vid.* BULYGIN, 2006) rechazan explícitamente la incorporación de pautas morales en el derecho, aún siendo uno de los más perspicuos defensores de la concepción según la cual las normas que son consecuencia lógica de las normas válidas son también válidas.

[9] *Vid.,* por ejemplo, VON WRIGHT, 1963; ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1971; CARACCIOLO, 1988; RODRÍGUEZ, 2002; MARANHÃO, 2013; NAVARRO-RODRÍGUEZ, 2014.

Sin embargo, rechaza tanto la verdad de todas las proposiciones jurídicas *puras*, es decir aquellas cuya verdad sólo depende de la existencia de determinadas normas jurídicas cuanto la verdad de todas las proposiciones jurídicas *aplicadas*, cuya verdad depende de la existencia de determinadas normas jurídicas y de la verdad de determinadas proposiciones fácticas. Podemos explicar la distinción con el ejemplo de KELSEN: la verdad de «Según el derecho, si alguien mata a otro debe ser castigado a reclusión perpetua» depende sólo de la existencia de una norma jurídica, es una proposición jurídica *pura*, la verdad de «Según el derecho, Schuster debe ser castigado a reclusión perpetua» depende de la existencia de la norma jurídica y de la verdad de que Schuster haya matado a otra persona, es una proposición jurídica *aplicada*[10]. Pero RAZ rechaza ambas versiones de la tesis con el argumento de que ni creemos ni estamos dispuestos a aseverar todo aquello que es consecuencia lógica de nuestras creencias o de nuestras aserciones; como enfáticamente sostiene (1994: 228): *«People do not believe in all that is entailed by their beliefs».* Aquí no indagaré sobre la posición raziana, que como es sabido es vicaria de su concepción de la autoridad, y me conformaré con rescatar esta distinción que es valiosa para lo que más adelante plantearé.

Sin embargo, siguiendo la estela de RAZ, MARMOR (2001: 69-70) ha dado un argumento ulterior para rechazar tanto la versión débil como la fuerte de la incorporación. Conforme a MARMOR, para suponer que las normas implicadas por las normas válidamente promulgadas son también válidas, hay que suponer que el sistema promulgado de normas es coherente y como esta le parece una implausible posición rechaza de plano la tesis de la incorporación. No queda muy claro por qué le parece a MARMOR que sólo un sistema consistente de normas puede implicar otras normas. Tal vez porque piensa que un sistema inconsistente permite, en virtud de la regla *ex falso quodlibet*, que cualquier norma sería parte de dicho sistema[11]. Sin embargo, como bien arguyen NAVARRO y RODRÍGUEZ (2014, cap. 6) un conjunto inconsistente de normas es un conjunto de normas claramente defectuoso, sin embargo es un conjunto que tiene consecuencias lógicas, más aún para definir la noción de contradicción entre normas es necesario presuponer la noción de implicación entre normas.

Hay, con todo, un punto de verdad en la perplejidad que produce que cualquier norma pueda derivarse de un conjunto inconsistente. La perplejidad tal vez pueda ser explicada por la siguiente razón: cualquier conjunto de premisas (sean normas o no) implica muchas normas irrelevantes. Así, por ejemplo, de la norma «Los que matan a otro deben ser castigados con la sanción S» se puede obtener como consecuencia «Los que matan a otro vestidos de azul deben ser castigados con la sanción S» o bien «Los que matan a otro deben ser castigados con la sanción S o premiados con unas vacaciones en la isla de Menorca». Es un problema bien conocido de la comunicación y por ello GRICE (1975: 46) incluyó la máxima de relevancia (*«Be relevant»*) entre sus máximas de la conversación. Un desarrollo de dicha noción puede evitar estas consecuencias contra-intuitivas y mostrar que, por ejemplo, un sistema inconsistente es aquel que carece de consecuencias relevantes[12].

---

[10] RAZ, 1994: 230-231. La distinción ya se hallaba en RAZ, 1980: 49, 218.
[11] Un argumento semejante se halla en ATIENZA, 1991: 34-35.
[12] Desarrollé esta idea con este objetivo en MORESO, 1996.

Tal vez esta última sugerencia esté en armonía con una idea de RAZ (1994: 214) en donde se refiere a la posibilidad de que una concepción más compleja pueda ser contemplada como una combinación de la tesis de las fuentes y la tesis de la incorporación. Sea como fuere, para establecer las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, podemos aceptar la versión débil de la tesis de las fuentes, restringida a las consecuencias lógicas relevantes. Sin embargo, y de esto es de lo que voy a ocuparme a continuación, la versión fuerte necesita restricciones más poderosas: como ya veíamos en la introducción, hay proposiciones verdaderas que no parecen candidatos a combinarse con las proposiciones jurídicas que se refieren a normas válidas para obtener otras proposiciones jurídicas y hay proposiciones falsas que parecen candidatos idóneos.

3. EL OPERADOR «SEGÚN EL DERECHO»

En muchas oraciones es posible reemplazar un nombre propio por una descripción definida, por ejemplo, que se refieran al mismo individuo y preservar el valor de verdad de la oración. Lo mismo sucede con los predicados cuando son sustituidos por predicados que tienen su misma extensión. Son sustituibles *salva veritate*. Por ejemplo, el valor de verdad de la siguiente oración

[1d] Cervantes escribió el Quijote

no cambia si sustituimos «Cervantes» por la descripción definida «el manco de Lepanto»

[2d] El manco de Lepanto escribió el Quijote.

Ahora bien, si a una oración como [1d] prefijamos un operador intensional, que expresa una actitud proposicional epistémica, modal, de ficción, etc. Entonces ya no preservamos la verdad mediante la substitución. Pensemos en el siguiente ejemplo:

[3d] Sé que Cervantes escribió el Quijote

puede ser verdadero y, no obstante, yo puedo desconocer que CERVANTES perdió una de sus manos en la famosa batalla de Lepanto contra los turcos y entonces ser falso que

[4d] Sé que el manco de Lepanto escribió el Quijote.

Es por ello que nuestra noción de creencia o de saber no respeta la versión más fuerte del *principio de clausura epistémica*, según el cual el conjunto de lo que sabemos (o creemos) es un conjunto cerrado bajo la noción de consecuencia lógica con el conjunto de todas las verdades. Esta versión es ampliamente rechazada (*vid.,* por todos, LUPER, 2012). Más aceptada es la versión según la cual: si x sabe que p y x sabe (o, para algunos, incluso x cree) que p implica q, entonces x sabe que q[13]. Aunque sospecho que, en resumidas cuentas, todos estos problemas asociados a la intensionalidad proceden de una caracterización adecuada de la *modalidad*, desarrollaré las ideas para el

[13] Una famosa objeción a esta versión del principio en NOZICK, 1981: 227-229, según NOZICK yo sé que estoy sentado esta tarde de mayo frente al ordenador, sé que si estoy sentado esta tarde de mayo frente al ordenador entonces no soy un cerebro en una cubeta, sin embargo no sé que no soy un cerebro en una cubeta, ya que una de las condiciones del saber es que yo sé que p si p fuera falso, entonces yo no lo creería y que no soy un cerebro en una cubeta lo creería aunque lo fuese.

operador jurídico a partir de un contexto que le es más cercano. Me refiero al contexto de la ficción[14]. Un problema semejante al de los gansos en Cuaresma para el derecho de la Iglesia católica medieval, fue claramente presentado en un seminal artículo de David LEWIS (1978). LEWIS tomó como referencia el personaje del famoso detective Sherlock Holmes en las novelas de Conan DOYLE y entonces mostró este tipo de dificultades con el siguiente ejemplo:

[1e] En la ficción Conan Doyle, Sherlock Holmes vive en Baker Street 221B.
[2e] En Baker Street 221B hay una oficina bancaria[15].
[3e] En la ficción Connan Doyle, Sherlock Holmes vive en una oficina bancaria.

No todo lo que es verdad en nuestro mundo real puede ser combinado con lo que es verdad en la ficción para obtener nuevas verdades en la ficción. Hay que hallar algún modo de restringir las combinaciones posibles para establecer las condiciones de verdad de las proposiciones referidas a la ficción[16]. Sin embargo, no tenemos dificultades para aceptar el siguiente razonamiento[17]:

[1f] En la ficción Conan Doyle, Sherlock Holmes vive en Londres.
[2f] Londres es una ciudad del Reino Unido.
[3f] En la ficción Connan Doyle, Sherlock Holmes vive en el Reino Unido.

Entonces el problema es establecer adecuadamente las condiciones de verdad de las proposiciones expresadas por oraciones como:

[F] En la ficción f, φ,

si la ficción son las novelas de DOYLE, y φ está en el lugar de «Sherlock Holmes vive en Gran Bretaña», entonces obtenemos una proposición verdadera. Sin embargo, si φ está en el lugar de «Sherlock Holmes vive en un banco» obtenemos una proposición falsa. La causa de esta divergencia reside en el hecho de que las descripciones de los mundos de ficción contienen implícitamente muchas proposiciones que, por una parte, son compatibles con lo descrito en la ficción y, por otra, son representaciones verdaderas de nuestro mundo. En las novelas de DOYLE, el detective y el doctor Watson son seres humanos, la sangre corre por sus venas, tienen corazón y riñones, etc. Ahora bien, en las novelas de DOYLE, Baker Street no es como la calle del Londres de su época, al menos porque allí habita una persona que no habita en el Londres real.

Los autores (LEWIS, 1978; CURRIE, 1990; WALTON, 1990; BONOMI-ZUCCHI, 2003; GARCÍA-CARPINTERO, 2007, por ejemplo) que se han dedicado a esta cuestión han tratado de dar las condiciones de verdad de proposiciones que instancian [F]. Tratan de mostrar que las proposiciones verdaderas de acuerdo con la ficción son aquellas

[14] Más sobre la comparación entre las proposiciones referidas a la ficción y las proposiciones referidas al derecho en MORESO-CHILOVI (ms.).

[15] De hecho, ya lo advierte LEWIS, en la época en que las novelas fueron escritas y publicadas Baker Street no tenía números tan altos, es decir no había una casa en Baker Street con ese número.

[16] Este es el intento del trabajo de LEWIS comentado, que ha sido desarrollado por el sugerente trabajo de BONOMI-ZUCHI (2003).

[17] El ejemplo es de MARMOR (2014: 81). MARMOR se plantea el problema referido a las proposiciones jurídicas, sin embargo sugiere que en el razonamiento jurídico todas las proposiciones son prefijadas por el operador «Según el derecho» y, entonces, no tiene el problema de la combinación de dichas proposiciones con las proposiciones no prefijadas que describen nuestro mundo real. No seguiré esta vía principalmente porque si el derecho pretende regular los comportamientos del mundo real, entonces debe tomar en cuenta las descripciones verdaderas de este mundo.

relativas a un mundo en el cual ocurre todo lo que se describe en la novela y, en lo demás, pertenece al conjunto de mundos más cercanos al mundo real compatible con la primera restricción. Es obvio que las ficciones no describen un solo mundo posible, dado que la noción de mundo posible presupone que cualquier proposición es o bien verdadera o bien falsa respecto de tal mundo[18]. Las novelas de Conan DOYLE son compatibles con que el doctor Watson fuese de uno u otro grupo sanguíneo, todos los mundos en que Watson es del grupo A o del B o... son compatibles con la ficción[19].

Sin embargo, hay al menos dos razones más para restringir las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Una guarda relación con las convenciones propias de la ficción (BONOMI-ZUCCHI, 2003), en su artículo de 1978 LEWIS ya llamaba la atención acerca de que si leemos una historia de dragones y princesas, aunque la historia no dice nada acerca de que el dragón echa fuego por la boca, las convenciones de la ficción nos llevan a concluir que sí lo hace. El otro aspecto tiene que ver con las creencias falsas del autor de la ficción y de la comunidad de la cual forma parte, creencias que conforman lo que STALNAKER (2002) llamó el *common ground*. En algunas ocasiones, una proposición falsa puede formar parte del *trasfondo común* (*common ground*) que compartimos en una conversación. Supongamos que después de un seminario con una colega invitada, SAMANTHA, surge la cuestión entre CHIARA y yo acerca de si José Luis, otro colega, que nosotros creemos que está impartiendo una clase, va a acudir puntualmente a la cena que tenemos en 30 minutos. CHIARA sostiene que sí y yo sostengo que llegará media hora tarde. Supongamos también que es falso que José Luis esté dando clase, en realidad está en un congreso en Princeton (y, claro, no puede venir a la cena en Barcelona). Sin embargo, no podemos atribuir sentido a nuestra discrepancia, ni si quiera establecer en qué condiciones serían verdaderas nuestras proposiciones sin suponer que la proposición falsa, según la cual José Luis está en clase, es parte del trasfondo común. Pues bien, esto ocurre también en la ficción: por ejemplo el pasaje de la *Odisea* en el que los marineros de Ulises comen el fruto del loto en la isla de los lotófagos (tal vez la isla de Yerba) ni siquiera puede comprenderse sin suponer la creencia común y falsa (de Homero como autor del poema y de su comunidad relevante), conforme a la cual comer el fruto del loto produce la pérdida de la memoria.

Esto es, las proposiciones referidas a una ficción son verdaderas si reproducen lo dicho en la ficción y lo implicado por ella, que incluye no sólo lo lógicamente implicado por lo dicho en la ficción, sino también las convenciones del género, las creencias compartidas que la ficción presupone y las descripciones verdaderas de nuestro mundo real compatibles con lo anterior.

Pues bien, algo semejante ocurre en el derecho. Llamemos proposiciones jurídicas a todas aquellas expresadas mediante enunciados prefijados por el operador «Según el derecho». Llamemos proposiciones no-jurídicas a todas aquellas expresadas median-

[18] Prescindamos ahora de la posibilidad de proposiciones que carezcan de valor de verdad para tratar los casos de indeterminación.

[19] Por ello podríamos decir que en este caso «Según la ficción f, el doctor Watson es del grupo sanguíneo B» está indeterminada y, por ende, carece de valor de verdad. Que carece de valor de verdad aquí equivale a que esta proposición es verdadera en alguna de las compleciones de la ficción y falsa en otras, como quiere el superevaluacionismo (*vid.,* para una presentación, KEEFE, 2008).

te enunciados asertivos no-prefijados. Y expresemos su forma canónica del siguiente modo:

[D] Según el derecho D, φ.

φ puede estar en el lugar o bien de un enunciado deóntico (como «los ciudadanos mayores de edad tienen derecho a votar en las elecciones generales») o puede ser la expresión de una regla constitutiva (como «los mayores de 18 años son mayores de edad»)[20]. Las reglas constitutivas conectan unas reglas con otras en la red del sistema jurídico, son como sus nodos, de los dos ejemplos anteriores podemos concluir que «Según el derecho D, los mayores de 18 años tienen derecho a votar en las elecciones generales». Podemos denominar a estas conexiones entre reglas *relaciones internas*[21]. Porque dado que el derecho pretende regular el comportamiento humano para alcanzar determinados fines que consideramos valiosos, entonces las proposiciones jurídicas más relevantes son las que nos informan de aquello que debemos hacer, de aquello que tenemos prohibido y de aquello que estamos autorizados a llevar a cabo. Las reglas constitutivas son conexiones internas del sistema para alcanzar dichos resultados. Por ejemplo, un español mayor de edad puede otorgar testamento escribiendo de puño y letra, firmando y fechando sus últimas voluntades, lo que se conoce como *testamento ológrafo* porque así lo establece la regla constitutiva contenida en el art. 688 del Código Civil.

Es más, el derecho pretende influir en nuestro mundo real, pretende que nuestro mundo real cambie y se convierta en el (conjunto de) mundos deónticamente *ideales* que sus normas prescriben[22]. Según parece, estos mundos deónticamente ideales han de ser mundos accesibles desde nuestro mundo real. Pero esta plausible afirmación debe ser algo restringida, como ocurre en la ficción. El conjunto de mundos deónticamente ideales debe ser construido a partir de un mundo ligeramente diferente del mundo real, para dar cuenta de dos aspectos claves: de las convenciones del derecho (establecidas por sus reglas constitutivas) y de las creencias falsas que forman parte del *common ground* de los miembros de la comunidad relevante en ese sistema jurídico.

Las convenciones en el derecho vienen dadas por sus reglas constitutivas. Aquí el supuesto más claro es, como hemos visto al principio, el de las ficciones jurídicas. En estos casos creo que debemos aceptar que si «según el derecho D, φ», entonces obtenemos «φ». Pero, ¿qué ocurre si sabemos que φ es falsa, como ocurre siempre en el caso de las ficciones, y a veces, en el caso de las presunciones? Pensemos que sabemos que el padre de Raimundo no es el marido de la madre de Raimundo, pero rige el *Code Napoléon*. En este caso, si aceptamos que las proposiciones verdaderas formen parte de nuestros razonamientos jurídicos produciríamos una contradicción.

---

[20] No desarrollaré esta cuestión que, sin embargo, me parece bien asentada en la teoría jurídica actual (*vid.,* por todos, ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996) y en la teoría de las instituciones sociales en general (SEARLE, 1995). Tampoco me detendré en otra complicación, los enunciados que instancian [F] deberían tener también un parámetro temporal: «Según el derecho D en t» (puede verse, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARÍN y SARTOR, 1999).

[21] La denominación se debe a RAZ (1980: 145-146, 169-172) y está en el trasfondo del famoso trabajo de Alf ROSS (ROSS, 1957).

[22] Para una buena presentación de la idea de mundo deónticamente ideal y, también, de sus problemas en los que no puedo detenerme ahora, HANSSON, 2006.

Para evitarlo creo que es bueno distinguir entre *creer* y *aceptar*[23]. Creer que p consiste en una disposición a tomar como verdadera la proposición p, aceptar que p consiste en una disposición a adoptar como premisa la proposición p en determinado contexto argumentativo. Debe apreciarse, entonces, que podemos creer una proposición y no aceptarla y, también, podemos aceptar una proposición aunque no la creamos, incluso aunque sepamos que es falsa. Esta es la primera restricción a la aceptación de proposiciones verdaderas en nuestros razonamientos jurídicos, es decir, si «según el derecho D, φ»; entonces φ ha de ser aceptada aunque sea falsa. Las proposiciones no-jurídicas de nuestros razonamientos jurídicos deben ser, verdaderas o falsas, aceptables.

A continuación, vamos a analizar el segundo y relevante supuesto de proposiciones falsas que han de ser aceptadas, de las creencias falsas que forman parte de los presupuestos comunes de los miembros relevantes de determinada comunidad humana.

4. LAS CONDICIONES DE VERDAD DE LAS PROPOSICIONES JURÍDICAS: BALLENAS, TOMATES Y HONGOS

Ocurre en el derecho algunas veces que determinadas consecuencias normativas, que son queridas por las autoridades, presuponen creencias falsas. Veámoslo con algunos ejemplos.

En 1818, en *Maurice v. Judd*, un inspector del uso de los aceites, Maurice, demandó a Judd reclamándole una cantidad de dinero por haber comprado tres barriles no inspeccionados de aceite de ballena. Judd no negó los hechos sino que arguyó que la legislación del estado de Nueva York prescribía la inspección de los aceites de pescado y por tanto no se aplicaba a los barriles que él compró, que eran barriles de aceite de ballena. El jurado del tribunal de Nueva York rechazó su pretensión, y estableció que a los efectos de la ley de inspección, el aceite de pescado incluía el aceite de ballena[24]. En esos años precisamente se desarrollaba la zoología y las taxonomías iban variando, Lineo había clasificado en 1756 a las ballenas como peces, y en la edición de 1758 cambió y las calificó, ya acertadamente, como mamíferos. Pero, olvidemos ahora esta oscilación y olvidemos por un momento también las relevantes cuestiones de filosofía del lenguaje referidas al significado de las expresiones de género natural y sus consecuencias para esta polémica (aunque si «mamífero» se toma como un designador rígido y «pez» también sin incluir a los mamíferos, entonces una proposición según la cual las ballenas son peces es falsa en todos los mundos posibles)[25]. Supongamos que todos los miembros de la comunidad relevante creían falsamente cuando la legislación sobre inspección de aceites fue dictada que las ballenas son peces, entonces en ese momento esta proposición no-jurídica es aceptable. Supongamos que más adelante los miembros de la comunidad relevante se dan cuenta de su error, se retractan y aceptan que las ballenas son mamíferos y no peces[26]. Creo que, en este caso, la pregunta

---

[23] Siguiendo a COHEN, 1989.

[24] La historia aparece magníficamente contada en BURNETT, 2007.

[25] Que han dado lugar a un reciente e instructivo debate de filosofía del lenguaje, SANSBURY, 2014; PHILIPS, 2014.

[26] Hay reciente literatura sobre los desacuerdos y los cambios de opinión posteriores, por ejemplo, MACFARLANE, 2014: 11-15, 108-111, FERRARI y ZEMAN, 2014.

debe ser si los miembros de la comunidad relevante estarían dispuestos o no a retirar la obligación de la inspección del aceite de ballena, cambiando la legislación si fuese preciso. Si la respuesta es que no estarían dispuestos a retirar esta consecuencia normativa, entonces, la proposición jurídica «Según el derecho, el aceite de ballena debe ser inspeccionado» es verdadera y precisamos, mientras no se cambie la legislación, de la proposición falsa —pero aceptable— según la cual el aceite de ballena es aceite de pescado. El razonamiento es el siguiente:

[1g] Según el derecho de Nueva York, el aceite de pescado debe ser inspeccionado.
[2g] Las ballenas son peces.
[3g] Según el derecho de Nueva York, el aceite de ballena debe ser inspeccionado.

Hay otros casos jurídicos que pueden avalar esta conclusión parcial[27]. En 1883, en los Estados Unidos determinada legislación fiscal (*Tariff Act of March 3, 1883)* establecía una carga impositiva a la compraventa de verduras, pero no a la de frutos. De modo que se produjo una controversia acerca de si los tomates han de ser clasificados como verduras o como frutos. Es obvio que, desde el punto de vista botánico, los tomates son un tipo de fruto y, también es conocido, que desde el punto de vista culinario acostumbramos a servir los tomates junto con otras verduras, en la ensalada por ejemplo y no como postre, y a menudo los tomates se hallan en las tiendas de comestibles junto con las verduras y no con los frutos. De acuerdo con la teoría causal de la referencia aplicada a los términos usados en los textos legales, deberíamos concluir que los tomates son frutos y que por tanto están exentos del impuesto. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1893 sostuvo que de acuerdo con el uso habitual de los términos y a los únicos efectos de la interpretación de la ley en disputa, los tomates son considerados verduras[28]. Estas fueron las palabras del juez Gray, con una decisión tomada por unanimidad:

> Botánicamente hablando, los tomates son el fruto de una planta, como los son los pepinos, los calabacines, las judías y los guisantes. Pero en el lenguaje común de la gente, sea de los vendedores o de los consumidores de estos productos, todos son verduras que se cultivan en los huertos domésticos y que cocinados o crudos, son como las patatas, las zanahorias, la chirivía, los nabos, la remolacha, la coliflor, la col, el apio y la lechuga, que usualmente se sirven para cenar con o después de la sopa, el pescado o la carne que constituye la parte principal de la comida y no, como los frutos generalmente, el postre.

Lo que parece abonar mi conclusión, el Tribunal Supremo aún reconociendo que los tomates son frutos, muestra sus razones relativas a la calificación del comportamiento, según las cuales los tomates a los efectos de la legislación fiscal del caso, han de ser considerados como verduras.

Veamos otro supuesto recalcitrante también de la botánica: la legislación penal, la ley de tráfico de estupefacientes —que contiene un anexo con las sustancias prohibidas— alemana castigaba el tráfico de plantas alucinógenas, algunos de los defensores de traficantes con hongos alucinógenos arguyeron que los hongos no son, botánicamente, plantas, por lo que no podían ser penados por su tráfico y conforme a ello el *Oberlandgericht* (Tribunal Superior) de Coblenza absolvió a unos acusados de este

[27] De los que me ocupé en J. J. Moreso, 2010.
[28] *Vid. Nix v. Hedden* (149 US 304, 1893).

delito. En octubre de 2006, sin embargo, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de Alemania) revoca en casación esta decisión con argumentos muy similares a los que cien años antes había usado el Tribunal Supremo estadounidense[29]. Estos son los argumentos fundamentales del Tribunal:

> En verdad se reconoce en la biología que los hongos se ubican como un grupo independiente de organismos junto a las plantas (verdes) [...] en definitiva, se compran generalmente hongos también en fruterías y verdulerías. La filiación [entre plantas y hongos] es comprobada mediante una búsqueda en Internet, que está a disposición de cualquiera para la publicación de textos propios y, por tanto, puede brindar una amplia información sobre el espectro general del actual uso del lenguaje. Precisamente allí pueden encontrarse algunas páginas webs en las que se indica que los hongos —desde un punto de vista científico— no son como las plantas, aunque también allí se añade que los hongos siempre son clasificados de manera errónea (esto es, en el lenguaje ordinario) a las plantas.

Al parecer, aunque la botánica es la mejor teoría de la que disponemos para el reino vegetal y que sus clasificaciones naturales hacían de los tomates frutos y, por ello, no incluidos en la referencia de la expresión «verduras» y los hongos son un grupo de organismos diferenciado de las plantas; no obstante la comunidad jurídica relevante no está dispuesta a revisar sus calificaciones normativas por ello.

Sin embargo, no siempre es así. Algunas veces el abandono de una creencia y su sustitución por otra, verdadera, comporta la aceptación por la comunidad relevante del cambio de consecuencias normativas. Hace ya un tiempo se consideraba que la muerte de una persona sucedía cuando dejaba de respirar y de funcionar su corazón. Más adelante la ciencia médica ha establecido que la muerte se produce cuando cesa la actividad cerebral[30]. Pensemos en un razonamiento jurídico como el siguiente:

> [1h] Según el derecho D, un cuerpo humano sólo puede ser preparado para un trasplante de órganos después de su muerte.
> [2h] La muerte sucede cuando cesa la actividad cerebral.
> [3h] Según el derecho D, un cuerpo humano sólo puede ser preparado para un trasplante de órganos después de que cese su actividad cerebral.

Para que este razonamiento jurídico sea correcto, debemos suponer algo como que los miembros de la comunidad jurídica relevante están dispuestos a aceptar los cambios normativos consecuencia de su cambio de creencias. En este caso parece claro que todos aceptarían que el derecho no permite el trasplante de órganos cuando el corazón ha dejado de latir, pero hay todavía actividad cerebral. Son casos en los que en nuestro contexto de interpretación[31] los cambios o bien en el mundo o bien en nuestro conoci-

---

[29] *Vid. BGH*, *NJW*, 2007, 524-526. *Vid.* también MONTIEL y RAMÍREZ, 2010.

[30] Un ejemplo preferido de MOORE, 1985. Agradezco a Lorena RAMÍREZ que me recordara este ejemplo tan pertinente para lo que deseo mostrar.

[31] CAPPELEN, 2008, defiende, con referencia particular al derecho, que el contexto en el que una disposición jurídica es interpretada puede ser distinto en distintos momentos, comenzando por el de su promulgación. CAPPELEN añade, muy razonablemente, que cuando el legislador introduce términos genéricos como «peligroso» o «sospechoso» deja un amplio margen a los intérpretes para que establezcan lo que cae en la referencia de dichos términos en los contextos apropiados: una mochila abandonada en un aeropuerto puede ser tildada de *peligrosa*, pero tal vez no en un sendero para excursionistas. Por ejemplo, el art. 606.2 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del año 2000 establece que son inembargables «los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada»; aunque un Ipad (dado que todavía no existían) no era inembargable en

miento de él (como en este caso) conducen a cambios en las consecuencias normativas de nuestro sistema jurídico, cambios que estamos dispuestos a aceptar[32].

Estos son, según mi opinión, los casos claros. En otros muchos supuestos la controversia será mayor. Supongamos el siguiente razonamiento:

[1i] Según el derecho D, están prohibidas las penas crueles e inusuales.
[2i] La pena de muerte es cruel.
[3i] Según el derecho D, la pena de muerte está prohibida.

Este es un razonamiento muy controvertido. Por una parte, la verdad de la premisa [2i] requiere alguna metaética no totalmente escéptica acerca de un espacio de objetividad para la moral. Por otra parte, alguien puede argüir con plausibilidad que, por ejemplo, cuando la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos fue promulgada con este contenido los miembros de la comunidad jurídica relevante creían en la verdad de la proposición «la pena de muerte no es cruel». Pero si ahora, aceptando este espacio de objetividad para la moral, nos convencemos de que esa era una proposición falsa, tal vez podemos conjeturar que los miembros de la comunidad relevante habrían mantenido la prohibición en dicho caso, ampliándola por tanto a la pena de muerte o bien que lo relevante es nuestro propio juicio, en un contexto de interpretación diferente, acerca de la crueldad de la pena de muerte[33].

Con estas ideas tal vez podamos dar las dos siguientes definiciones:

[DEF I] Una proposición no-jurídica φ es *aceptable* si:

(i) φ es falsa, pero es verdad que según el derecho, φ.
(ii) φ es falsa, pero φ forma parte de las creencias que son presupuesto común de la comunidad relevante y los miembros de dicha comunidad no estarían dispuestos a retirar las consecuencias normativas que se siguen de aceptar φ, aunque supieran que φ es falsa.
(iii) φ es verdadera, en el resto de los casos.

[DEF II] Una proposición jurídica [D]: «Según el derecho, φ» es verdadera si:

(i) φ es un contenido normativo explícito (promulgado por un autoridad jurídica)
(ii) φ es un contenido normativo implícito *relevante* (implicado por lo promulgado por una autoridad jurídica).
(iii) φ es una consecuencia lógica *relevante* del contenido normativo explícito e implícito y del conjunto de proposiciones no-jurídicas aceptables[34].

---

el momento de la promulgación de la ley, pero tal vez podría argüirse en 2015 a favor de su inembargabilidad cuando el deudor sea un abogado. *Vid.* MORESO, 2014.

[32] En un interesante trabajo PERRY (2011) distingue precisamente para estos supuestos el modelo del cambio del modelo del conocimiento.

[33] Es el argumento de PERRY, 2011. Una discusión sobre PERRY que tiene en cuenta las dos posibilidades anteriomente mencionadas, es decir que los miembros de la comunidad relevante estén dispuestos a cambiar las consecuencias normativas en virtud de la nueva verdad adquirida, como en las penas crueles o de la muerte, o no lo estén, como en el caso de las ballenas y de los tomates, en ASGEIRSSON, 2012. Scott J. SHAPIRO (SHAPIRO, 2009), en cambio, parece pensar que aunque sea verdad que los castigos crueles están prohibidos, bajo está descripción, y sea verdad que la pena de muerte es cruel, no puede decirse que jurídicamente la pena de muerte está prohibida. No alcanzo a comprender las razones de esta restricción tan absoluta a la descripción de las acciones que estableció el legislador, sería como sostener extrañamente que aunque una norma prohíbe cazar animales salvajes y los leones son animales salvajes, no puede decirse que jurídicamente está prohibido cazar leones.

[34] En las cláusulas (ii) y (iii) de esta segunda definición, «relevante» puede ser entendido con la ayuda de MORESO (1996): para la lógica proposicional, una consecuencia lógica es relevante en relación con sus pre-

Con ello mostramos que la tesis de la incorporación debe ser rectamente entendida. La tesis no establece la clausura bajo la noción de consecuencia lógica de las normas de un sistema jurídico y las proposiciones no-jurídicas verdaderas. Dicha clausura tiene el límite de las consecuencias relevantes y, hay que advertirlo, la noción de consecuencia relevante no es monotónica. Y, más importante, tiene el límite de sustituir, para las proposiciones no-jurídicas, la verdad por la aceptabilidad. Este es un modo de comprender las restricciones que surgen de la semántica y la pragmática del operador intensional «Según el derecho».

5. CODA: LAS CONVENCIONES Y LA MORALIDAD

Dos comentarios finales que tal vez ayuden a completar lo defendido en este trabajo.

En primer lugar no habría de resultar sorprendente que las convenciones, en la ficción y en el derecho, determinen y constriñan nuestros razonamientos jurídicos. Así sucede también en nuestras conversaciones ordinarias. Supongamos que una tarde mi hija Julia de quince años descubre entre sus cosas un viejo peluche que le gustaba cuando era pequeña, unos amigos le preguntan de dónde lo sacó y ella contesta: «Me lo trajeron los Reyes Magos cuando tenía cinco años». Todos comprendemos lo que dice y son las convenciones de nuestro lenguaje de adultos los que hacen aceptable esta oración en la conversación, aunque sea falsa literalmente. Todos sabemos que es falsa, pero puede funcionar como premisa de argumentos en este contexto. Alguien podría objetar que esta oración debe ser parafraseada y sustituida por otra como «Me lo regaló alguien cercano para la fiesta de los Reyes Magos de cuando tenía cinco años», como alguien podría decir que «Menorca está en Londres» debe ser entendida como la paráfrasis «La jurisdicción sobre los residentes en Londres de la *Court of Common Pleas* se extiende a los residentes en Menorca». Pero esto comportaría abandonar las ficciones, puesto que en este enunciado no hay ficción alguna. Y, por razones pragmáticas, al igual que en el caso de los Reyes Magos, es conveniente preservar esta dimensión de nuestro lenguaje. Una dimensión que, una vez comprendida, es inocua y es, además, capaz de mostrar que un día, cuando éramos niños, teníamos creencias falsas. Como bien arguye STALNAKER (2002: 702) podría ser que en algunos casos la mejor explicación del valor de verdad de algunas oraciones consista en sostener que se ha presupuesto algo que es falso.

La segunda observación sigue una sugerencia, referida a la ficción, de WALTON (1994). WALTON comienza con un pasaje de HUME (1777) en su estudio sobre el estándar del gusto: mientras le parecen totalmente aceptables en las obras de ficción del pasado las referencias a claras falsedades (como princesas acarreando el agua de la fuente dice HUME) o, incluso, los errores que restan, nos dice, poco valor a estas

---

misas si ninguna variable proposicional puede ser sustituida por cualquier otra *salva validitate* (es una idea de SCHURZ, 1991); para la lógica deóntica (necesaria si φ está en el lugar de un enunciado deóntico) la anterior idea ha de completarse con la siguiente: las consecuencias deónticas que no son soluciones maximales (que no determinan tanto la acción como la omisión) no son derivables de otras consecuencias que son máximales; por ejemplo si según un código de normas está prohibido fumar, entonces no debemos deducir *relevantemente* que según dicho código está permitido no fumar.

composiciones, las diferencias morales son otra cosa: no debemos ni tolerar ni adoptar las «ideas de moralidad y decencia» que son repugnantes para nosotros. WALTON está de acuerdo con HUME y añade (1994: 35): «Mi sugerencia fue, en breve, que cuando interpretamos los trabajos literarios u otras obras artísticas estamos menos dispuestos a permitir que los mundos ficcionales de las obras de arte se separen del mundo real en cuestiones morales que en cuestiones no-morales». No vemos problema en imaginar una sociedad en donde los seres humanos pierden la memoria por comer la flor del loto, pero tenemos más dudas en leer una novela situada en una sociedad esclavista como si la esclavitud fuese aceptable (aunque lo fuese para el autor de la novela y para sus personajes), como las tenemos para adoptar el punto de vista de la venganza despiadada en *La Ilíada* para seguir con HOMERO.

La idea es controvertida y no será desarrollada aquí, pero mi conjetura es que algo semejante ocurre con el derecho. Podemos adoptar la ficción de que las llaves auténticas perdidas por su dueño son falsas, podemos aceptar que cuando el legislador se refería a las verduras incluía los tomates, pero no podemos aceptar que el genocidio o el *apartheid* sean correctos aunque el derecho de una comunidad lo establezca o presuponga. El desarrollo de las consecuencias de esta sugerencia habrá de quedar para otra ocasión.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, New York-Wien: Springer.

ASGEIRSSON, H., 2012: «Textualism, Pragmatic Enrichment, and Objective Communicative Content» (September 6, 2012), *Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper* núm. 2012/21. Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2142266*.

ATIENZA, M., 1991: *Las razones del Derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel.

BERTO, F., 2013: «Impossible Worlds», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2013 Edition), URL: *http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/impossible-worlds/*.

BONOMI, A., y ZUCCHI, S., 2003: «A Pragmatic Framework for Truth in Fiction», *Dialectica*, 57: 103-120.

BULYGIN, E., 2006: *El positivismo jurídico*, México: Fontamara.

BURNETT, D. G., 2007: *Trying Leviathan: The Nineteenth-Century Court Case That Put the Whale on Trial and Challenged the Order of Nature,* Princeton: Princeton University Press.

CAPPELEN, H., 2008: «The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion», *Philosophical Perspectives*, 22: 23-46.

CARACCIOLO, R., 1988: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

COHEN, L. J., 1989: «Belief and Acceptance», *Mind,* 98: 367-389.

CURRIE, G., 1990: *The Nature of Fiction*, Cambridge: Cambridge University Press.

DWORKIN, R., 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

FERRARI, F., y ZEMAN, D., 2014: «Radical Relativism, Retraction and "Being at Fault"», en F. BACCHINI, S. CAPUTO y M. DELL'UTRI (eds.), *New Frontiers in Truth,* New Castle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, cap. 6.

FRIEDMAN, J. B., y FIGG, K. M. (eds.), 2000: *Trade, Travel, and Exploration in the Middle Ages. An Encyclopedia*, London: Routledge.

GARCÍA CARPINTERO, M., 2007: «Fiction-Making as a Gricean Illocucionary Type», *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, 65: 203-216.

GRICE, P., 1975: «Logic and Conversation», en P. COLE y J. MORGAN (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, New York: Academic Press, 41-58.

HANSSON, S. O., 2006: «Ideal Worlds: Wishful Thinking in Deontic Logic», *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic*, 82: 329-336.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1984: *El derecho como dogma*, Madrid: Tecnos.

— 1986: «Ficciones jurídicas», *Doxa*, 3: 141-147.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., y SARTOR, G., 1999: «Time and Norms: A Formalisation in the Event-calculus», en *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL),* New York: ACM, 90-100.

HIMMA, K. E., 2002: «Inclusive Legal Positivism» en J. L. COLEMAN y S. J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 125-165.

HUME, D., 1777: «Of the Standard of Taste» [1757], en D. HUME, *Four Dissertations*, London: A. Millar, *http://www.davidhume.org/texts/fd.html*.

KEEFE, R., 2008: «Vagueness: Supervaluationism», *Philosophy Compass*, 3: 315-324.

KELSEN, H., 1991: *General Theory of Norms*, transl. by M. HARTNEY, Oxford: Oxford University Press.

LEWIS, D., 1978: «Truth in Fiction», *American Philosophical Quarterly*, 15: 37-48.

LUPER, S., 2012: «The Epistemic Closure Principle», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012 Edition), URL: *http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/closure-epistemic/*.

MACFARLANE, J., 2014: *Assessment Sensitivity. Relative Truth and its Applications*, Oxford: Oxford University Press.

MARANHAO, J., 2013: *Estudos sobre lógica e direito,* Madrid-São Paulo: Marcial Pons.

MARMOR, A., 2001: *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press.

— 2002: «Exclusive Legal Positivism», en J. L. COLEMAN y S. J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 104-112.

— 2014: «Truth in Law», en A. MARMOR, *The Language of Law*, Oxford: Oxford University Press.

MENDONCA, D., 1998: «Presumptions», *Ratio Juris*, 14: 399-412.

MONTIEL, J. P., y RAMÍREZ, L., 2010: «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», en *InDret*, 1/2010, *www.indret.com/code/getPdf.php?id=1344&pdf=691.pdf&indret.*

MOORE, M., 1985: «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review*, 58: 277-398.

MORESO, J. J., 1996: «On Relevance and Justification of Legal Decisions», *Erkenntnis*, 44: 73-100.

— 2010: «Tomates, hongos y significado jurídico», en J. J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS y J. FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 15-48.

— 2014: «Ethica more iuridico incorporata», en P. LUQUE SÁNCHEZ y F. SCMARDELLA (eds.), *Gli argomenti del costituzionalismo. La tensione tra etica e diritto,* Napoli: Editoriale Scientifica, 51-84.

— 2015: «Positivismo jurídico contemporáneo», en J. L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, México: UNAM, 171-205.

Moreso, J. J., y Chilovi, S., ms.: «The Semantics and Pragmatics of *According to the Law*», on file con los autores.

Navarro, P. E., y Rodríguez, J. L., 2014: *Deontic Logic and Normative Systems*, Cambridge: Cambridge University Press.

Nozick, R., 1981: *Philosophical Explanations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Perry, J., 2011: «Textualism and the Discovery of Rights», en A. Marmor y S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language and Law*, Oxford: Oxford University Press, 105-129.

Philips, I., 2014: «Cetacean Semantics: A Reply to Sainsbury», *Analysis*, 74: 379-382.

Raz, J., 1980: *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press.

— 1985: «Authority, Law, and Morality», *The Monist*, 68: 295-324.

— 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.

— 2004: «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.

Rodríguez, J. L., 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ross, A., 1957: «Tû-Tû», *Scandinavian Studies in Law*, 1: 137-153.

Sansbury, M., 2014: «Fishy Business», *Analysis*, 74: 3-5.

Schauer, F., 2015: «Legal Fictions Revisited», en M. del Mar y W. Twining (eds.), *Legal Fiction in Theory and Practice*, Dordrecht: Springer.

Schurz, G., 1991: «Relevant Deduction. From Solving Paradoxes towards a General Theory», *Erkenntnis,* 35: 391-437.

Searle, J., 1995: *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press.

Shapiro, S. J., 2009: «Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake», *Ratio Juris*, 22: 326-338.

Stalnaker, R., 2002: «Common Ground», *Linguistics and Philosophy,* 25: 701-721.

Tomás de Aquino, 2000: *Catena Aurea in Ioannem*, Pamplona: Universidad de Navarra, *http://www.corpusthomisticum.org/*.

Von Wright, G. H., 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.

Walton, K. L., 1990: *Mimesis as Make-Believe,* Cambridge: Cambridge University Press.

— 1994: «Morals in Fiction and Fictional Morality», *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volume*, 68: 27-50.

REFLEXIONES SOBRE LA CONCEPCIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO: NEOCONSTITUCIONALISMO Y CLAVES HERMENÉUTICAS*

Rafael Vega Pasquín

Universidad Pontificia Comillas de Madrid, ICADE

RESUMEN. La tesis principal de este artículo se puede formular de un modo sencillo. El estudio inicialmente se dirige a responder dos cuestiones muy concretas: ¿está cambiando la concepción del derecho en nuestros días?, ¿los cambios que se producen son suficientes para poder hablar de una nueva concepción del derecho? Como se ve, se trata esencialmente de contrastar y analizar la operatividad de las principales concepciones clásicas del derecho. Pero se trata también de ir perfilando, aunque sea sobre la marcha, posibles soluciones que comprendan y se adapten mejor al problema en cuestión. Es decir, en función de las transformaciones y cambios operados en la realidad jurídica contemporánea, el autor de este artículo también intentará ofrecer y valerse de una concepción más adecuada o que mejor se corresponda con dicha realidad.

Palabras clave: Concepciones del derecho; hermenéutica jurídica; neoconstitucionalismo; analogía; lógica jurídica.

Reflections on the Conception and Exercise of Law: Neoconstitucionalism and Hermeneutical Keys

ABSTRACT. The main thesis of this article can be formulated in a simple way. The study initially aimed to answer two concrete questions: is it changing the conception of law nowadays?, are the changes that take place sufficient to be able to speak about a new conception of law? Since one sees, it is a question of confirming and analyze essentially the operability of the main classic conceptions of law. But it treats itself also of being outlining, though it is as you go along, possible solutions that they understand and adapt better to the problem in question. That is to say, depending on the transformations and changes produced in the juridical contemporary reality, the author of this article also will try to offer and to use of a conception more suitable or that better corresponds with the above mentioned reality.

Keywords: Conceptions of law; juridical hermeneutics; neoconstitucionalism; analogy; juridical logic.

* Fecha de recepción: 26 de junio de 2014. Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2014.

1. INTRODUCCIÓN

Son ya muchas las voces que señalan que, en el mundo de la política y el derecho, nos hallamos ante un verdadero cambio de ciclo o paradigma. Se insiste desde muy diferentes posiciones en que hemos llegado a un punto límite: unos hablan de profundas transformaciones en el edificio político-jurídico, otros de auténtica voladura de las concepciones tradicionales del derecho, pero aquí se recuerda la degeneración y corrupción de la actual democracia, y allí se hacen ver los peligros de un proceso de deconstitucionalización y, en fin, la gran mayoría concuerda cuando se afirma la grave crisis que padece el modelo político y jurídico de las llamadas sociedades avanzadas.

Éste sería el complicado panorama general en el que este estudio tendría que situarse e intentar avanzar. No obstante, proponer en este terreno alternativas o intentar formular algo nuevo es siempre muy arriesgado. En efecto, trabajar como se dice por refundar el Estado constitucional o, incluso, por intentar regenerar el modelo político puede llevar consigo, junto al atrevimiento y el exceso de optimismo, una fuerte dosis de ingenuidad. Por ello, es quizá importante y también se deben tener muy en cuenta desde la Teoría del derecho la disposición y el sentir social. Esto es, la sociedad considerada como la base material que conforma la comunidad política y que, por tanto, influye decisivamente en los cambios jurídicos que se puedan producir.

Desde este punto de vista es bien sabido que la sociedad actual se halla suficientemente desengañada de lo que podríamos llamar la palabrería y los falsos discursos. Se dice que estamos inmersos en sociedades hastiadas, confusas y decididamente opuestas a todas aquellas voces que, proponiendo cambiar muchas cosas, en realidad contribuyen firmemente a que todo siga igual. Vivimos instalados en un profundo escepticismo en el que no surtirán ningún efecto palabras bonitas o falsa retórica: hablar enfática y repetitivamente de profundos cambios, de drásticas reformulaciones, etc. De ahí, quizá, la mayor o menor importancia de lo que vaya a decirse en este trabajo. Pues, como bien se piensa y afirma, las meras teorizaciones sin arraigo en la realidad social —sin desarrollo práctico— están claramente destinadas a perderse en el rechazo o la indiferencia. Éste es el reto.

2. OBJETO Y MÉTODO

El presente artículo retoma de algún modo la clásica cuestión de las relaciones entre la razón y la fuerza, el viejo enfrentamiento entre un orden justo y los poderes arbitrarios. La novedad básicamente consiste en evaluar lo que podríamos llamar el impacto del movimiento neoconstitucionalista y de la filosofía hermenéutica en el Estado constitucional contemporáneo y, más específicamente, en el terreno del derecho. Esto es, en esa precisa coyuntura y procurando ir más allá de teorizaciones ensimismadas, este trabajo se ocupa de lo que se podría denominar la regeneración del derecho contemporáneo.

El objeto de este estudio, dicho muy brevemente, consiste en tratar de ordenar y, a la vez, participar en el debate en torno a la concepción y el ejercicio del derecho.

Rastrear los orígenes del debate; situar la reapertura de la discusión en el contexto contemporáneo; y procurar aportar enfoques y posibles contribuciones que enriquezcan la discusión. Se trataría de debatir en torno a las concepciones del derecho, ya sean clásicas o vanguardistas, con la intención de ordenar, distinguir y, en su caso, ir configurando concepciones más adaptadas y comprensivas de lo jurídico.

Por tanto, en lugar de definir tajantemente el derecho, empobrecer o reducirlo a una sola dimensión nuestra tarea, entonces, se dirige a encontrar y perfilar una concepción amplia e integradora de la realidad teórica y práctica del derecho. En cualquier caso, sólo será posible alcanzar dicho objetivo por medio de los métodos que oportuna y adecuadamente se orienten al cumplimiento de dicho fin. Señalaremos, pues, desde el principio, la metodología propia de este trabajo y sus fuentes principales.

Como es sabido, el método de exposición a través de largos rodeos es propio de uno de los maestros de la hermenéutica contemporánea: Paul RICOEUR[1]. La explicación y los motivos de dichos rodeos son muy sencillos, y en este caso pertinentes. Van dirigidos, en su esencia, a desenmarañar y resolver el llamado conflicto de las interpretaciones. Esto es, se trata de mostrar las diferencias entre dos modos de entender el objeto de la interpretación: por un lado, la interpretación como mero ejercicio de la sospecha y, por otro lado, la interpretación como recolección, manifestación o restauración de sentido. Frente a las interpretaciones críticas, destructoras o contraculturales (la Escuela de la Sospecha y sus principales maestros: MARX, NIETZSCHE y FREUD, son de sobra conocidos), Paul RICOEUR apuesta, no simplemente por todo lo contrario, sino por un discurso común, por una interpretación comprensiva o recolectora (del estructuralismo, del psicoanálisis, de la fenomenología, de la religión)[2]. ¿Qué significado tiene esto? Que la filosofía hermenéutica pretende asumir lo útil y valioso del pensamiento crítico, trata de cruzar las propuestas y aportaciones que provienen de diferentes enfoques y puntos de vista e, incluso, de culturas diversas. Se trata también de construir un discurso y no sólo de derribar, desmontar y deconstruir. Se trata de no dejar que la postmodernidad se instale definitivamente en el nihilismo y, en suma, de ir abriendo caminos que permitan al discurso una cierta restauración del sentido.

Así pues, en este estudio se desarrollará una metodología hermenéutica que nos debe servir de guía en las reflexiones en torno a la concepción y ejercicio del derecho,

---

[1] Como dice P. RICOEUR (1978: 297): «Pedimos a la filosofía dos cosas a la vez: arbitrar la guerra de las hermenéuticas e integrar todo el proceso de la interpretación en la reflexión filosófica. Es decir, estas dos cosas: sustituir una antítesis, que dejaba a las partes adversarias como extrínsecas entre sí, por una dialéctica en que cada una de ellas nos remita a la otra; simultáneamente y por medio de esta dialéctica, llevarnos de la reflexión abstracta a la reflexión concreta». También ARISTÓTELES, *Tópicos,* I, 101b 1-5; destacó la importancia de la dialéctica —al ser adecuada para examinar cualquier cosa— y, en este sentido, afirmó que la dialéctica abre camino a los principios de todos los métodos. El Estagirita trató de encontrar la capacidad de razonar acerca de las cosas que se dan como plausibles. Es decir, cosas discutibles al margen de las leyes de la naturaleza (donde las cosas se dan de una sola manera y, por tanto, la capacidad de razonar acerca de ellas ha de tener en cuenta la necesidad y no la plausibilidad). Por tanto, el objeto del razonamiento dialéctico ha de ser de un modo preciso una cuestión verdaderamente discutible. En efecto, no debemos perder el tiempo debatiendo cosas que son verdaderas o falsas, ARISTÓTELES, *Sobre las refutaciones sofísticas*, 183a 35-183b 1-10. Y por eso decía Aristóteles que, ante la falta de plena seguridad, SÓCRATES, centrado en los temas morales más controvertidos, preguntaba y no respondía. Ahora bien, frente a la humildad socrática, ARISTÓTELES encomienda a la dialéctica y a la crítica la tarea de razonar en estos temas; eso sí, huyendo de la argumentación sofística.

[2] P. RICOEUR (2003: 115 y ss.).

que nos ha de orientar en el llamado rodeo del análisis[3]. Rodeo hermenéutico que no sólo ha ir envolviendo y dando razón del derecho, sino que también se ha de concretar y recaer específicamente en este artículo. Pongamos en práctica lo dicho. El método hermenéutico básicamente distingue dos momentos principales que deben retroalimentarse y que desarrollaremos posteriormente de un modo más preciso en el terreno jurídico: el de la hermenéutica elaborativa y el de la hermenéutica aplicativa. Por un lado, la hermenéutica elaborativa conduce del fin a la forma y, por otro lado, la hermenéutica aplicativa orienta el traslado de la forma al fin. Sólo de este modo, sin romper la relación entre la forma y el fin, es posible defender una cierta coherencia y unidad de sentido en los dos momentos hermenéuticos.

Partiendo de estos presupuestos, afirmamos que sólo así conseguiremos mantener la consistencia lógica en la delicada y frágil relación que ha de haber entre una fase de elaboración formal y otra fase de aplicación y cumplimiento de los fines. Por consiguiente, y por lo que aquí interesa, en un primer momento hermenéutico será la propia investigación (el fin) la que nos impulse y conduzca a la forma, estructura y composición concreta de este artículo. Y, en un segundo momento hermenéutico, habrá de ser la propia ordenación, formalización y comprensión de lo estudiado (la forma) la que nos guíe en las posibles aportaciones, desarrollos y conclusiones que den fin al presente estudio.

3. UN NUEVO ENFOQUE DEL DEBATE

Como hemos dicho, este estudio se dirige a analizar la compleja realidad teórica y práctica del derecho contemporáneo: cómo hemos de concebir y operar en el ámbito jurídico. O dicho de otro modo, cómo se ha de concebir lo jurídico en el Estado constitucional del siglo XXI; y, en consecuencia, qué transformaciones y cambios han sido y son necesarios para comprender y operar con mayor eficacia en el complejo y ambiguo mundo del derecho. Por consiguiente, dos puntos, aunque sea brevemente, merecen ahora ser destacados y comentados: uno, la formación de la llamada estructura político-jurídica (pues nos permite poner en perspectiva histórica los problemas que vamos a tratar); y dos, el influjo del movimiento neoconstitucionalista (que nos sitúa en el centro de las controversias y discusiones contemporáneas).

Punto uno: en efecto, es preciso tener en cuenta que el debate sobre la concepción del derecho se deriva de un contexto más amplio[4]. No se puede olvidar que el derecho aparece y se desarrolla siempre en una comunidad política. La cuestión central, a grandes rasgos, se puede formular de la siguiente manera: ¿cómo articular, fortalecer y desarrollar una estructura político-jurídica justa? De este modo, se comprueba que el problema de la convivencia y el orden en una comunidad humana presenta en-

[3] Junto a Paul RICOEUR y en la misma dirección, entre otros: el filósofo suizo A. DE MURALT (1985; 1993), el filósofo del derecho J. C. MUINELO (2003; 2011; 2013); también M. BASTIT (1990); M. BEUCHOT (2003); J. M. ESPINOSA (2011) y R. VEGA (2011; 2013).

[4] Como dice J. F. LYOTARD (1989: 11), más allá de la incredulidad propia de la condición postmoderna —dado el hundimiento de la metafísica y el generalizado desprecio hacia dicho saber—, la cuestión abierta en nuestras sociedades es esta: ¿es practicable una legitimación del lazo social en el escenario en el que se desarrolla la postmodernidad?, ¿es posible una sociedad justa en este nuevo contexto?

trelazados, entre otros, aspectos sociales, políticos, éticos y jurídicos. Ahora bien, en nuestra investigación interesa comprender específicamente el significado y razón de ser del ordenamiento jurídico del Estado, es decir, el importante papel del derecho en el modo de conformar la estructura político-jurídica. Así pues —y partiremos de este presupuesto—, quizás se pueda contribuir a la construcción de una estructura político-jurídica justa si logramos aportar más luz en torno a la adecuada concepción teórica y el consiguiente ejercicio práctico del derecho.

Manuel ATIENZA se refiere a dicho problema de la siguiente manera: en vez de aludir a la génesis y formación de una estructura político-jurídica justa —como hacemos en este artículo— prefiere otra terminología y habla del origen de la democracia y la justicia en relación con la teoría de la argumentación jurídica. «Es interesante además advertir que ese enfoque pragmático de la argumentación está, en la cultura griega, vinculado a la democracia y al derecho». En efecto, nos ocupamos hoy de poner al día nuestra concepción del derecho, de analizarla, criticarla y, en su caso, reformularla; pero, para ATIENZA, también es importante tener en cuenta los orígenes y destacar cómo han contribuido la retórica y la dialéctica a recuperar y renovar la tradición clásica. En este sentido, ATIENZA cita los nombres de PERELMAN y GADAMER, «...y, en fin, tampoco puede extrañar que el auge que hoy se ve de los estudios pragmáticos de la argumentación tenga lugar en un contexto cultural en el que el Estado constitucional de derecho y la democracia deliberativa parecen haber alcanzado el estatus de ideales regulativos que deben guiar la realidad jurídica y política de nuestras sociedades»[5].

Por nuestra parte, aquí simplemente diremos que la relación entre fuerza y razón, tal y como se planteó en Europa en los orígenes del Estado moderno[6] (con la primacía de la fuerza o del poder, en el Estado absolutista), se ha invertido en nuestros días, al menos teóricamente (con la primacía de la razón sobre la fuerza: sea apoyada en la noción del Estado Social y de derecho, sea derivada de los valores implícitos en los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos). No decimos, pues, nada nuevo cuando afirmamos que el derecho en las llamadas sociedades avanzadas se apoya en unos principios y valores comúnmente aceptados, y generalmente recogidos en los textos constitucionales. Esto es, el empleo de la fuerza pública se haya sometido a un ejercicio jurídicamente controlado y racional. De este modo, el Estado constitucional contemporáneo parece pues, el escenario adecuado para la aparición, expresión y formulación de un nuevo enfoque del derecho. Es decir, para el desarrollo y aplicación en dicho escenario de una concepción del derecho esencialmente guiada por el orden de las razones y la idea de lo justo[7].

---

[5] M. ATIENZA (2006: 249 y 250).

[6] En este sentido, entre otros muchos, P. ANDERSON (1974), P. HAZARD (1961) o J. ISRAEL (2010).

[7] Aunque, obviamente y por el contrario, la democracia constitucional también ha sido y puede ser el escenario de la frustración de estos intentos de regeneración de las instituciones políticas y jurídicas. La indudable fragilidad de un sistema de libertades implica que, si no se trabaja conjuntamente en la dirección adecuada, será fácil tropezar o equivocar el rumbo; y nos encontraremos con injustas y crueles desigualdades, con el creciente desarrollo de la corrupción, la indignación y crispación social... Es imposible, y sería absurdo, ocultar estos problemas. Sin duda, hemos de contar siempre con las permanentes y renovadas dificultades que en nuestra época postmoderna provocan unos poderes cada vez más sutiles y perversos. Sin embargo y pese a todo, estos poderes y fuerzas disgregadoras no suponen un obstáculo definitivo e insalvable, ni siquiera constituyen (desde el punto de vista de la historia de las relaciones entre la razón y la fuerza) una importante novedad. En este sentido, L. FERRAJOLI (2011: 107) y R. VEGA (2014).

Y punto dos: resulta indiscutible e ineludible constatar, de otra parte, la renovación de los análisis y discursos sobre la política y el derecho tras la irrupción del neoconstitucionalismo en el pensamiento jurídico. Pues bien, lo que aquí nos interesa del movimiento neoconstitucionalista es que, de algún modo, nos obliga a replantearnos el significado de las concepciones tradicionales del derecho. Nos obliga a considerar el alcance y vigencia de estas concepciones[8]. Cabe entender, entonces, el debate nuevamente abierto por el neoconstitucionalismo como una oportunidad para el avance y la reformulación del derecho contemporáneo. Es decir, en este contexto es oportuno reconsiderar la naturaleza de lo jurídico; en este contexto parece evidente que resulta necesario y es pertinente renovar las reflexiones sobre el derecho, su fundamento y sus fines[9].

Todo ello nos lleva inevitablemente a enfrentarnos con la pregunta esencial acerca de la esencia y sentido del derecho. Por tanto, es el mismo desarrollo de la disputa el que nos conduce al centro de nuestro estudio sobre las concepciones del derecho. Y esto permitirá plantear, seguidamente, la discusión principal en torno a la concepción más comprensiva posible de los problemas jurídicos. Recapitulemos pues. Ya hemos señalado las profundas transformaciones operadas en la estructura político-jurídica en la que vivimos y el potente influjo del movimiento neconstitucionalista en las tradicionales concepciones del derecho. Queda, pues, centrar el estudio y derivar ahora nuestra atención hacia los nuevos modos de enfocar y reformular el problema.

Para ello la filosofía hermenéutica ha de servirnos de guía. Y así, en líneas generales, la hermenéutica jurídica concibe el derecho como una relación justa, es decir, como

---

[8] Debemos aclarar que llamamos concepciones clásicas o tradicionales del derecho a las formuladas por los iusnaturalismos, positivismos y realismos o sociologismos jurídicos. No cabe discutir las grandes aportaciones de estas escuelas en la historia del pensamiento jurídico. Ahora bien, la grandeza de estas concepciones clásicas se suele enlazar con ciertas limitaciones. Y así, los iusnaturalismos han sabido mostrar la relevancia capital de la dimensión final o valorativa del derecho; pero también hemos aprendido que si se reduce el derecho a unos fines o valores predeterminados, se cae en una inaceptable moralización del derecho. Por su parte, los positivismos jurídicos han contribuido a profundizar en el análisis y comprensión de la dimensión formal o normativa del derecho; pero la experiencia histórica nos ha enseñado que si limitamos el derecho a los exclusivos márgenes de la forma normativa o la ley codificada, no se tardará en incurrir en los graves errores de los llamados formalismos jurídicos. Y finalmente, los realismos o sociologismos jurídicos nos han recordado la importancia y valor fáctico de la dimensión material o social del derecho; pero hoy también sabemos que si se concibe el derecho como mero hecho social o como permanente adaptación a las variables demandas de la masa social, no podremos escapar del inevitable relativismo ligado a todo materialismo sociológico. En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS (2003: 117) señala que el Estado constitucional de derecho contemporáneo parece reclamar una nueva teoría del derecho; con todo lo que significa una nueva explicación alejada de los esquemas del llamado positivismo teórico.

[9] No obstante, la aparición e influjo del movimiento neoconstitucionalista lleva a los autores a considerarlo de muy diversas maneras: en opinión de ATIENZA (2006: 44 y 54), el positivismo jurídico ha agotado su ciclo histórico y, para este autor, no cabe duda de que se está gestando una nueva concepción del derecho. M. CARBONELL (2007: 9) se pregunta si realmente hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si, simplemente, se trata de una llamativa etiqueta vacía. En cambio, para L. FERRAJOLI (2007: 71 y también en 1999: 15) no hay duda de que estamos ante un verdadero cambio de paradigma político y jurídico; un cambio ante el que no se ha tomado todavía suficiente conciencia. Desde presupuestos ilustrados y liberales, L. PRIETO SANCHÍS (2003: 15) entiende de un modo más sencillo el (neo)constitucionalismo como una forma de limitación al poder. Por su parte, G. ZAGREBELSKY (2008: 34) se muestra contundente: «...si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho».

lo que establece, ajusta o pone en relación la forma y el fin de lo jurídico. Es preciso analizar concretamente esto. El fin del derecho (la determinación de lo justo general y particular) constituye la base informada, esto es, el fin ha de estar recogido en una concreta forma jurídica (ya sea la ley o la sentencia). Y, a su vez, la forma del derecho (Legislación y Jurisprudencia), conformada por el fin, ha de expresar y facilitar el efectivo cumplimiento de lo justo general y particular[10]. Y se podría decir, además, que no sólo la lógica y el peso de las razones exige en el campo de la Legislación este doble recorrido interpretativo (de la forma al fin y del fin a la forma), sino que surge y aparece hoy, como una firme reclamación ciudadana teñida de indignación, el necesario compromiso y la obligación de los juristas de abandonar y rechazar definitivamente los habituales reduccionismos jurídicos. Esto es, ya sea la unívoca imposición de unas leyes por vías más o menos elitistas o autoritarias (forma sin fin, o sin un fin común); ya sea el equívoco tejer y destejer legislaciones que cambian en función de intereses meramente partidistas (fin sin forma, o sin forma estable y definida). En el campo jurisprudencial, este recorrido interpretativo también nos permitiría alejarnos de los nocivos reduccionismos: ya sean las rutinarias y burocratizadas decisiones de una magistratura univocista (forma que olvidó el fin de administrar justicia), ya sea la arbitraria equivocidad a la que puede conducir el fenómeno de los llamados jueces-estrella (fin al margen de una forma común y objetivada)[11].

Ciertamente, podemos observar cómo en el momento inductivo o elaborativo los modelos hermenéuticos dan primacía al fin (los principios), y en el momento propiamente interpretativo o aplicativo conceden preferencia a la forma (las reglas). Esto es así, pero sólo en cierto modo. Por tanto, hemos de matizar que, desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, estos dos momentos no se pueden entender como una polaridad de fuerzas enfrentadas (que daría lugar a que unos afirmen, por un lado, un «derecho de principios»[12] frente a otros que defiendan, por otro lado, un «derecho de

---

[10] La pregunta que planea sobre este tema es ¿qué espacio ha de ocupar la dimensión valorativa en el derecho? J. J. MORESO (2013: 177) defiende lo que llama la tesis de la incorporación de la moralidad en el derecho. Es decir, considera que —sin abandonar la primacía de la dimensión normativa— la incorporación de la moral, los valores y los fines al derecho puede ser vista como el proceso que levanta progresivamente el velo de la opacidad de las reglas. Para P. COMANDUCCI (2009: 86 y 100), la constitucionalización del derecho supone la existencia de una Constitución invasiva que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Y sin embargo, la teoría del derecho neoconstitucionalista, según este autor, a fin de cuentas no sería más que el positivismo jurídico de nuestros días.

[11] En este sentido, R. ALEXY (1989: 30) afirma: «A partir del hecho de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, sería un error deducir que, en la medida en que éstas son necesarias, hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas del o de los aplicadores del derecho. Tal conclusión sólo sería necesaria si no existiera en absoluto ninguna posibilidad de objetivar estas valoraciones». Por su parte, M. J. RODRÍGUEZ PUERTO (2011: 34 y ss.) ofrece una excelente presentación de lo que llama la etapa inicial de la Hermenéutica jurídica (principalmente Josef ESSER y Arthur KAUFMANN). M. J. RODRÍGUEZ PUERTO (2011: 113) no tiene dudas cuando afirma que la práctica jurídica está destinada a seguir el cauce de una frónesis de corte aristotélico. Y según el propio J. ESSER (1956: 27): «La unidad del "sistema", en vista del necesario antagonismo de diversos factores y principios, no radica en un *corpus iuris* previamente dado, sino que cada vez se instaura de nuevo en el acto de interpretación. Por consiguiente, los principios del derecho tampoco son elementos estáticos de una construcción escolástica cerrada, sino *topoi*, puntos de vista discrecionales en la estimación jurisprudencial, base autorizada y legal de la argumentación».

[12] Y así, frente al anterior predominio de un «derecho de reglas» en la Europa continental (movimiento codificador, Estado Legislativo de derecho...); en sentido diametralmente opuesto, J. ESSER (1956: 381) defiende un «derecho de principios». «En la vida jurídica hay algo que es más importante que el moderno arte legislativo: la ininterrumpida tradición en el empleo por parte de los juristas de los principios comunes del derecho,

reglas»)[13]. Es por ello que la metodología hermenéutica distingue dos momentos dentro de una única relación. Esta concepción unitaria se basa en la inescindible unidad de los aspectos formales y finales que constituyen la relación justa. No cabe, pues, aplicar sin más reglas jurídicas que no se ajusten a los casos concretos, que no resuelvan sino que atasquen los problemas jurídicos particulares. Y tampoco nos podemos conformar con formular, a partir de ciertos principios, concepciones del derecho sin base material, sin auténtico apoyo en la base social ciudadana. He aquí la verdadera importancia de la hermenéutica jurídica. En este punto encontramos su relevante papel: los dos momentos hermenéuticos (de inducción y de interpretación) están destinados a evitar que sigamos incurriendo en el terreno del derecho en los consabidos formalismos o idealismos jurídicos[14].

4. CLAVES PARA REORDENAR EL DEBATE

Buscamos una concepción del derecho amplia y abarcadora. Pero, ¿a qué llamamos una concepción comprensiva del derecho? Muy brevemente, diríamos que dicha concepción implica y ha de ordenar, al menos, cuatro dimensiones del derecho; que las cuatro dimensiones se pueden englobar en dos modos principales de lo jurídico; y que, finalmente, la unidad y coherencia del derecho quedarían garantizadas cuando se relacionaran recíprocamente sus dos modos principales (formal y final)[15].

Se puede seguir fácilmente esta línea argumentativa tomando como referencia la muy conocida y divulgada teoría tridimensional del derecho de Miguel REALE. A sus famosas tres dimensiones del derecho (fáctica, normativa y valorativa) añadimos una dimensión eficiente o agente que ponga en marcha (en acto o ejercicio) la mera teorización[16]. Por tanto, una concepción comprensiva del derecho articula, como decíamos, cuatro dimensiones: una dimensión fáctica o material (las relaciones y los litigios de los

---

que a salvo de los intereses del día y de la ley política de los detentores del poder y de su ideología, mantienen erecto el prototipo del respeto y responsabilidad sociales que define una época y un círculo de cultura».

[13] Para R. DWORKIN (1992: 164 y 287) el derecho no es más que un concepto interpretativo, que depende fundamentalmente de la interpretación constructiva de los jueces (apoyada en los principios de justicia, equidad y debido proceso). En dirección opuesta, P. COMANDUCCI (2011: 95 y ss.) se declara contrario a un neoconstitucionalismo principialista; aunque nada tendría que oponer e incluso admitiría un neoconstitucionalismo normativo o neopositivista.

[14] Como muy bien dice J. M. ESPINOSA ARES (2011: 114 y 118), desde KANT numerosos juristas han creído que la idea de lo jurídico —al igual que la verdad científica— no se inducía de la cosa o concreta relación jurídica, sino que se ha de deducir de la conciencia. La conciencia del sujeto individual que, de este modo, construirá su moral y su derecho. «No es la naturaleza, no es el ser, no es la relación ontológica el fondo de legitimación que soporta la construcción de la ley o su institucionalización política. La razón de la norma no trae causa del ser. La norma sólo se deduce del orden de posibilidad que representa la libertad del sujeto. [...] La propuesta moderna, de la que Kant es, posiblemente su representante más conspicuo, define el derecho idealmente, deductivamente, a través de la premisa de la libertad subjetiva absoluta». Por su parte, ya H.-G. GADAMER (1999: 383 y ss.) puso de manifiesto la actualidad hermenéutica de ARISTÓTELES. No cabe duda, pues, que la filosofía hermenéutica, más que el criticismo kantiano, entronca mejor con la tradición aristotélica.

[15] Sigo en este punto, con algunos matices, los planteamientos de J. C. MUINELO (2011). Se trata, ciertamente, de una concepción del derecho muy amplia, genérica y flexible. Dicha concepción pretende ser integradora e inclusiva y, en todo caso, se presenta como una concepción abierta y capaz de un diálogo fructífero con todo tipo de planteamientos: ya sean más clásicos o tradicionales, ya sean más vanguardistas, analíticos, fenomenológicos o hermenéuticos.

[16] M. REALE (1997).

ciudadanos, en tanto que materia social); una dimensión normativa o formal (la Legislación y la Jurisprudencia, en tanto que textos jurídicos formalizados); una dimensión agente o eficiente (el Parlamento y los Tribunales, en tanto que principales centros de actuación de los operadores jurídicos); y, por último, una dimensión valorativa o final (lo justo general y lo justo particular, en tanto que fin propio exigido a los legisladores y a los jueces por el marco constitucional).

A su vez, presentamos lo jurídico como la unidad de forma y fin. Esto es, constatamos en la realidad jurídica dos relevantes modalidades del derecho: el modo formal y el modo final. Por tanto, desde este enfoque comprensivo se podrá decir que el derecho es tanto el establecimiento formal de las disposiciones normativas (ya que la forma ha de dar razón de la materia), como su puesta en ejercicio en pos de un fin concreto (dado que para el cumplimiento de los fines se requieren inexcusablemente unos agentes o instituciones concretas y determinadas que los lleven a cabo). El modo final —o los aspectos prácticos del derecho— se integra con el ejercicio encaminado a la determinación de la cosa justa: unas leyes en interés de la ciudadanía y unas sentencias oportunamente ajustadas a cada caso particular. En consecuencia, la tesis que aquí se sostiene es, en realidad, muy sencilla: si conseguimos distinguir (sin separar) las cuatro dimensiones del derecho, lograremos dotar al ámbito jurídico de una cierta unidad. Unidad, rigor lógico y sentido en la teoría y la práctica del derecho. En definitiva, una unidad analógica, como veremos, que nos ha de permitir eludir las diferentes concepciones reductoras del derecho[17].

Sobre la base de la unidad analógica del derecho, Paul RICOEUR nos revela ciertas claves que, creo, es oportuno recordar y reactivar. El pensador francés trató de conciliar los diversos modos de pensar, operar e interpretar en el mundo del derecho (interpretaciones tradicionales, postmodernas, críticas, etc.). Tal vez, la intención última de su obra era llevar a cabo —asumiendo todos los ángulos y enfoques posibles— una interpretación de la cultura en general (no sólo del derecho). Aunque, como es obvio, lo que aquí más nos interesa son las aplicaciones y derivaciones de la filosofía hermenéutica al mundo del derecho. Nos interesa especialmente la idea de armonizar y conjugar oportunamente los aspectos sociales, morales, normativos y políticos que confluyen en el ámbito jurídico. Compartimos, entonces, con RICOEUR el interés por perfilar y hacer aparecer una concepción lo más comprensiva posible del derecho.

RICOEUR ofreció, a mi juicio, una de las principales claves para centrar bien el debate: «La cuestión más importante es saber si es preciso atenerse a una concepción puramente antinómica de la polaridad interpretación/argumentación»[18]. O dicho de otro modo, si es preciso mantener en el terreno del derecho la preponderancia y hege-

---

[17] Es fundamental en el mundo del derecho poder escapar, combatir y rechazar todo tipo de reduccionismo jurídico. Las concepciones empobrecedoras del derecho han lastrado decisivamente el desarrollo de las sociedades humanas hacia instituciones políticas y jurídicas más justas. Resulta pues, muy necesario que, en primer lugar, los propios juristas sean capaces de detectar y desvelar la muy diversa reaparición y permanente multiplicación de los modos reductores de lo jurídico: los sociologismos y realismos jurídicos radicales (reducción del derecho a la dimensión material); los formalismos y legalismos (dimensión formal); los autoritarismos y voluntarismos (dimensión agente); y, en fin, por citar sólo los más conocidos, los moralismos y teologismos jurídicos (dimensión final).

[18] P. RICOEUR (1999: 157). La apuesta de RICOEUR es clara: en el pensamiento jurídico es necesario el paso de una concepción estrictamente deontológica, a su reinterpretación en términos de sabiduría práctica.

monía del «argumentar»; frente al recelo o rechazo del «interpretar» con una amplia y potente hermenéutica jurídica. En definitiva, ¿por qué consideramos que la argumentación a partir de reglas puede englobar todo lo relativo al ejercicio del derecho? ¿Por qué no sabemos encajar la interpretación a partir de principios como parte del proceso discursivo que ayuda a la determinación de la cosa justa?

Concretemos un poco más la posición de RICOEUR. Como sabemos, el juicio zanja la cuestión, decide y concluye la discusión jurídica. Pero el proceso es —dicho con la terminología de HABERMAS— un segmento de la actividad comunicativa de una sociedad; un intercambio de argumentos y diferentes puntos de vista. «Antes de constreñir, —dice RICOEUR— la sentencia apunta a dictar derecho, es decir, a situar las partes en su justa posición»[19]. Obviamente, RICOEUR también defiende el carácter discursivo y argumentativo del ámbito jurídico, pero rechaza con firmeza todo enfoque del derecho que incurra en aquella polarización: argumentación/interpretación. No se pueden separar los aspectos formales y finales del derecho. Y en este sentido, no cabe defender una argumentación jurídica a partir de reglas formales completamente opuesta y enfrentada a una interpretación del derecho en base a principios que orientan la práctica jurídica. Por tanto, la lógica analógica, que desarrollan los operadores jurídicos en función de los postulados hermenéuticos, ha de garantizar la unidad de forma y fin en el derecho. No cabría, entonces, plantear la argumentación y la interpretación jurídicas como actividades separadas o antagónicas[20].

Y es aquí, con la explícita referencia de RICOEUR a la prudencia y a la equidad en tanto que virtudes mediadoras entre la interpretación y la argumentación jurídicas, donde aparece otra de las claves que contribuyen decisivamente a reordenar el debate. Por un lado —de un modo muy general que luego matizaremos—, propone el filósofo francés activar el juego de la prudencia en la estela de la *phrónesis* de los trágicos griegos y de la ética aristotélica. Y por otro lado, también propone, junto al incuestionable peso de las reglas en el derecho, restituir a la equidad la fuerza que en un principio ARISTÓTELES le había atribuido[21].

En resumen, hemos de distinguir la forma y el fin del derecho sin separarlos. El carácter discursivo o procedimental del derecho ha de estar siempre orientado y condicionado —éste es el matiz importante— a la consecución de su fin propio: la elaboración de buenas leyes en los Parlamentos y la adecuada resolución de los casos concretos en la Administración de Justicia. De este modo, la idea de justicia de la que habla RICOEUR, cabría concluir, constituye el ineludible momento reflexivo que nutre

---

[19] P. RICOEUR (1993: 54).

[20] El vaivén dialéctico en el derecho es un mal no atajado, pero suficientemente conocido. Por ejemplo, para su operatividad jurídica, dice R. GUASTINI (2008: 79), todo principio exige concretarse, esto es, debe ser transformado en una regla. Por el contrario, R. DWORKIN (1984: 101) propone desembarazarnos del modelo de las normas o «derecho de reglas». Y así, de los excesos formalistas de un positivismo jurídico unívoco —como ha señalado M. ATIENZA (2006) con las críticas de PERELMAN, VIEHWEG y TOULMIN, y posteriormente de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica— pasamos al exceso de equivocidad y desgobierno entre los jueces como denuncian, entre otros, A. NIETO (2004) o el propio R. GUASTINI (2008: 42). Ha sido, quizá, M. BASTIT (1990) quien mejor ha sabido rastrear los orígenes y describir los excesos de un derecho unívoco, equívoco y dialéctico.

[21] P. RICOEUR (2008: 15 y 16). También P. AUBENQUE (1999: 43) recuerda en su reconocido estudio que la tradición moral de Occidente no ha sabido retener la definición aristotélica de la prudencia.

e impulsa a la argumentación e interpretación jurídicas para un ejercicio del derecho bien fundamentado[22].

5. ¿HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO?

Por todo lo anterior, cabe presentar y defender una concepción del derecho que lo entiende y ejerce como la unidad de forma y fin. El derecho se traduce en una aplicación de la idea de justicia (fin del derecho), así como se cifra, tras un proceso argumentativo, en el establecimiento de unas disposiciones normativas (forma jurídica). Pero el derecho ¿es esencialmente forma?, ¿o es efectivamente el logro de un fin? Por un lado, cabe sostener que el carácter argumentativo del derecho deba enlazarse con los aspectos formales, con la argumentación reglada, con la dimensión normativa del derecho. De este modo, el proceso discursivo (en el Parlamento o en los Tribunales) ha de concluir en una síntesis formal (bien sea la forma de la ley o la de la sentencia). Pero, por otro lado, también se puede defender que es la idea de justicia la que pone en juego los relevantes aspectos finales del derecho y, por ello, reclama y da entrada a una ponderada interpretación, a una innegable dimensión valorativa. Ahora bien, ambos enfoques son válidos si, en lugar de entenderse de modo excluyente, somos capaces de complementarlos. Desde un enfoque hermenéutico, estos dos polos no deben funcionar nunca por separado; el razonamiento jurídico, precisamente a través de la lógica analógica, ha de encontrar y mostrar el camino para articular la forma y el fin coherentemente.

Es importante retener, por tanto, que bajo estos presupuestos interpretación y argumentación no chocan dialécticamente, sino que constituyen una nueva manifestación del círculo hermenéutico. ¿Por qué? Porque, por un lado (y vamos de la forma al fin): Legislación y Jurisprudencia, y más concretamente los actos de los legisladores y jueces, han de ir encaminados al ejercicio de lo justo general y particular. Nos estamos refiriendo al ejercicio práctico del derecho a través del correcto funcionamiento del Parlamento y los Tribunales. Aquí lo importante es la determinación de la cosa justa, esto es, una hermenéutica aplicativa guiada por la idea de justicia. Y, por otro lado (y vamos del fin a la forma): lo justo general y particular se han de expresar en específicas disposiciones o textos jurídicos (leyes y sentencias). En este sentido, se podría decir que el conocimiento y desarrollo teórico del derecho es posible gracias a que los continuos actos legislativos y judiciales (que han de cumplir el fin del derecho) van conformando la estructura o modo formal; a que dichos actos han de concluir en textos jurídicos específicos. Aquí —si queremos cerrar el círculo— lo decisivo es la ela-

[22] Para P. RICOEUR (1993: 36), en definitiva, el concepto de justicia, «constituye la idea reguladora que preside esta práctica compleja que pone en juego conflictos típicos, procedimientos codificados, una confrontación reglada de argumentos, y finalmente, el pronunciamiento de una sentencia». En este sentido, se puede considerar acertada la intuición de J. ESSER (1956: 73), «El papel de la lógica jurídica no podría tener la importancia constitutiva que de hecho posee, si no fuera un reflejo de últimas valoraciones y decisiones de justicia. Y esto no sólo en base a conceptos "guarnecidos" de ideas de valor, sino por el continuo paralelismo en que discurren el pensamiento finalista y la fórmula lógica, la cual expone lo jurídicamente adecuado presentándolo simplificadamente como una necesidad mental. Tal necesidad sólo es, pues, derivativa, condicionada por el fin».

boración y establecimiento de las formas jurídicas adecuadas (leyes y sentencias justas), esto es, una hermenéutica elaborativa conducida por el oportuno proceso discursivo[23].

José Carlos MUINELO va un poco más allá y nos da una nueva clave: «El derecho al implicar una relación entre cosas no puede comprenderse conforme a un único sentido abstraído de los demás (pues no existe un criterio que permita dar más sentido a la consideración normativa del derecho que a la consideración sociológica o a la axiológica). [...] El ser del derecho se articula lógicamente, pero no por una definición, estricta, sino por una lógica que implica varios sentidos entrelazados entre sí, la analogía»[24]. Para MUINELO, el derecho implica una relación a la que se pueden atribuir varios sentidos. Una definición unívoca es absurda en tanto que siempre se mostrará incapaz de abarcar la realidad jurídica con todas sus implicaciones. Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho, por el contrario, opere esencialmente bajo una lógica equívoca. El ser del derecho, dice MUINELO, se articula coherentemente a través de una lógica analógica. A la unidad del derecho se accede, entonces, por medio de una lógica que implica, ordena y distingue una variedad de sentidos.

Cabe pues, concebir el derecho como la unidad analógica de sus modos formal y final. Según el planteamiento de MUINELO, la forma constituye la quididad del derecho y el fin representa el ejercicio; que, desde este concreto enfoque, se relacionan recíprocamente. El derecho como relación recíproca no debe reificarse —de nuevo se ha de insistir para evitar los reduccionismos— en la sola forma o en el solo fin. Bajo estos presupuestos las distintas dimensiones de la cultura jurídica se han de completar e intentar integrarlas en el discurso jurídico con una lógica común y comprensiva. «A la pregunta qué es el derecho o lo justo en general, esto es a la pregunta sobre las sustancia o quididad del mismo, se había respondido de muchas maneras pero siempre atendiendo a estas dos causas principales, la forma y el fin, dejando en principio a un lado el carácter actual que vincula en todo caso, recíproca y totalmente, ambas causas»[25].

---

[23] Para M. J. RODRÍGUEZ PUERTO (2011: 4), la preocupación por la concreción en el derecho es uno de los principales empeños de la hermenéutica jurídica.

[24] J. C. MUINELO (2005: 473), «La naturaleza compleja del término "derecho". Un intento de estructuración de los diferentes planos del discurso jurídico», en *Persona y Derecho,* 52. Como decía C. S. NINO (1997: 11), la pregunta «¿qué es el derecho?» es la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas. Por su parte, P. RICOEUR (1978: 50) señaló que «Aristóteles fue el primero en discernir perfectamente que el discurso filosófico no se sitúa bajo la alternativa lógica de lo unívoco y lo equívoco, porque el ser no es un "género"; sin embargo, el ser se dice pero "se dice de múltiples modos"». Paralelamente, entonces, el ser del derecho no se puede decir o encerrar en una sola definición, sino que se dice de muchas maneras; se dice, o se debe articular, a través de una lógica analógica. Por eso, afirma J. C. MUINELO (2011: 78 y 80) que la igualdad proporcional es un concepto nuclear de lo jurídico, dado que el derecho es una noción homónima o plurívoca. Y en este sentido, la igualdad así entendida constituye la matriz común que articula todo el discurso de las principales nociones jurídicas.

[25] J. C. MUINELO (2011: 159 y 160). La lógica analógica es la principal herramienta metodológica que permite dotar de unidad al derecho. Por tanto, la lógica analógica propuesta por MUINELO no equivale ni a una mera dialéctica inmanente (que bascularía entre un «derecho de reglas» y un «derecho de principios»), ni a una dialéctica trascendente (que cerraría el discurso entre reglas y principios con la formalización de una Constitución, entendida como tercer elemento extrínseco contenedor a priori de toda solución jurídica). «La Constitución sustantiva o principialista —dice L. PRIETO— suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez». L. PRIETO SANCHÍS (2007: 219) ve muy bien los peligros en este caso de volver a caer en los reduccionismos jurídicos; transformados ahora en una lucha dialéctica entre los formalismos jurídicos de «los señores de la ley» frente a los sociologismos jurídicos de un incontrolado protagonismo judicial.

Para MUINELO, la unidad de las causas formal y final del derecho se alcanza, pues, al poner en acto una determinada lógica. Una lógica jurídica que ha de vincular analógicamente la forma teórica (concepción del derecho) con el fin práctico (ejercicio). Dicha lógica o razonamiento de los juristas ha de ser capaz de establecer y garantizar la unión entre las diversas concepciones teóricas del derecho (lo jurídico en potencia) y su efectivo ejercicio práctico (lo jurídico en acto)[26]. En definitiva, la lógica analógica constituye y se presenta como un firme apoyo para la actual configuración y desarrollo del razonamiento jurídico. Un potente recurso con el que encarar en el mundo contemporáneo, de un modo unitario y comprensivo, la cambiante multiplicidad de los problemas que surgen y son propios del ámbito jurídico.

6. LA UNIDAD DE LO JURÍDICO

Estamos proponiendo —en función de lo dicho anteriormente— un cierto tipo de unidad. Ahora bien, no una unidad del derecho entendida como mera yuxtaposición de reglas. No como el conjunto jerarquizado de normas jurídicas que aparecen en función de los diferentes tipos de gobierno y constituyen el esqueleto formal de un determinado Ordenamiento Jurídico. ZAGREBELSKY lo dice así: «Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios»[27]. En suma, no es suficiente con una simple unidad numérica, una estructura normativa teórica. Nos hace falta pues, se hace necesaria, una unidad analógica. Un derecho basado en la analogía, por tanto, ha de demostrar su capacidad para expresar la precisa relación entre sus aspectos teóricos y prácticos.

Veamos esto. Dentro de la dimensión agente (las instituciones jurídicas encargadas de elaborar la forma del derecho), ZAGREBELSKY distingue con claridad lo relativo a la Legislación (legisladores y Parlamentos) y lo relativo a la Jurisprudencia (jueces y Tribunales); y, por tanto, cuándo son importantes los votos y cuándo lo son los principios. En los Tribunales, dice este autor, debe prevalecer el principio deliberativo y, en cambio, en los Parlamentos puede dominar sin graves inconvenientes el espíritu de parte. Es de suma importancia diferenciar, entonces, aquellas cuestiones legislativas

---

[26] «Si analíticamente —dice J. C. MUINELO (2011: 166)— se ha podido distinguir el modo final de lo jurídico en tanto que acto o bien justo y el modo formal de lo jurídico en tanto que quididad expresada en la ley, este análisis no deja de estar como en potencia por relación al ejercicio concreto de lo jurídico, el cual informado por la equidad, permite ajustar rectamente los diversos modos de lo jurídico en una unidad en acto aplicativo». Dicho de otra manera, la distinción analítica entre los modos jurídicos formal y final (unidad lógica) se ha de convertir en ejercicio concreto del derecho, en una unidad en acto aplicativo (unidad de ejercicio). Después de tratar en su *Metafísica* acerca de la sustancia (libros VII y VIII) y el acto (libro IX), ARISTÓTELES (2000) se ocupa de la unidad en el libro X, especialmente en *Metafísica*, 1053b y ss. Y, como bien dice P. AUBENQUE (1999: 8), no se puede disociar la teoría ética de la prudencia de las doctrinas metafísicas de ARISTÓTELES.

[27] G. ZAGREBELSKY (2008: 30 y 31). La idea central es pues, que los juristas seamos capaces de ordenar y distinguir en el ámbito de lo jurídico. Esto es, ordenar (o tratar de dar un enfoque global y comprensivo al complejo mundo del derecho) y distinguir (relacionándolos adecuadamente) los diferentes aspectos jurídicos entrelazados. Ordenar y distinguir, en definitiva, en el seno de un derecho que permanentemente reclame y proporcione una unidad lógica y de ejercicio.

que forman parte de lo que se vota, de aquellas otras cuestiones sobre lo que no se vota... porque es *res publica*. Esto es, porque son cosas de todos, porque son cuestiones capitales sobre las que ya se ha votado; porque, en suma, componen lo que poseen en común unos ciudadanos que de otro modo no constituirían una comunidad política[28].

El principio deliberativo, según este autor, presenta el inconveniente de la discrecionalidad. Sin embargo, distingue una discrecionalidad impuesta por la voluntad de los poderes, de una discrecionalidad que llama «republicana»; donde la lógica analógica está llamada a cumplir y desempeñar un papel de gran relevancia. «La actitud deliberativa no elimina de hecho la discrecionalidad en el juzgar sobre derecho constitucional. Pero cambia su naturaleza y fines: la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es una cosa distinta a la discrecionalidad "republicana", dirigida al consenso sobre la constitución. Y esto constituye el dato que distingue los dos ámbitos»[29]. De este modo, ZAGREBELSKY apunta ya a la necesidad correctora de la analogía en el derecho. La fuerte relación entre la dimensión agente y final ha de impedir la corrupción y que las instituciones jurídicas se desvíen de los fines establecidos por la comunidad. En definitiva, una lógica jurídica basada en la analogía; dado que parece que esta lógica es capaz de ordenar las distintas dimensiones jurídicas, así como determinar y controlar las causas que explican la ductilidad del derecho contemporáneo.

Resulta muy llamativo y destacable que, pese al clima de deterioro y crisis de las principales instituciones políticas y jurídicas italianas, Gustavo ZAGREBELSKY todavía confíe en la importante tarea del derecho y en el trabajo responsable de los juristas. El autor italiano considera que los juristas, aún en esas condiciones, han de ser capaces de practicar un derecho con justicia (unidad de ejercicio) y, por tanto, también pueden y deben expresar un razonamiento jurídico objetivo (unidad lógica). Pese a un cierto desdén hacia los que el autor italiano llama «los ocasionales señores de la ley» (aquellos que prefieren imponer lógicas equívocas e intereses particulares); cabe rescatar y potenciar lo común en el derecho: lo que une sus cuatro dimensiones. Cabe reservar y acotar un campo en el que construir civilizadamente dicha unidad lógica y de ejercicio: lo que une a los textos jurídicos (forma) con el pueblo (materia); lo que une a los fines pretendidos por dicho pueblo y textos (fines) con la labor de las instituciones (agentes). Es posible —según la amplia experiencia de este autor— el ejercicio de la lógica analógica en el derecho. Y por ello, afirma que en nuestras actuales sociedades se ha vuelto imprescindible una convergencia general sobre algunos aspectos básicos que afectan a la convivencia ciudadana[30].

Avancemos un poco más en la dirección que propone ZAGREBELSKY. Hemos dicho que la lógica analógica ha de dar cuenta de la unidad de lo jurídico articulando recíprocamente el modo formal y el modo final del derecho. Se plantean inmediatamente dos cuestiones capitales: ¿cómo unir la ley a lo justo general, en tanto que constituye su fin propio?, ¿cómo dar razón y forma al texto de la sentencia, en tanto que ha de

---

[28] G. ZAGREBELSKY (2007: 101 y 102).

[29] G. ZAGREBELSKY (2007: 102).

[30] «He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio», G. ZAGREBELSKY (2008: 40).

cumplir su finalidad de determinar lo justo particular?[31]. La unidad de forma y fin en el derecho —hemos de decir ahora— se puede explicar y se ha de ejercer a partir de los concretos actos legislativos y judiciales. ¿Por qué? Porque dichos actos nos dan razón común de los dos modos principales del derecho: en primer lugar, en tanto que los actos legislativos y judiciales concluyen en la ley y la sentencia respectivamente (el modo formal del derecho); y en segundo lugar, en tanto que, al mismo tiempo, dichos actos se dirigen a la determinación de la cosa justa (el modo final).

Hablamos, entonces, de una unidad analógica en el derecho en la medida en que quepa hablar de una ley o una sentencia justa, esto es, en la medida en que podamos dar, a la vez, razón formal (el texto) y razón final (el bien de la comunidad) del acto legislativo y judicial. De aquí se deduce que la unidad del derecho apoyada en la lógica analógica implica una unidad lógica o formal (de razones materiales y formales) y una unidad de ejercicio o final (de razones eficientes y finales). Los aspectos teóricos y prácticos del derecho no se pueden o no se deben presentar y considerar disociados, han de responder a una realidad jurídica común. El saber y el obrar jurídicos, la concepción y el ejercicio, han de funcionar recíprocamente.

Por consiguiente, así como la Legislación ha de dar razón de las relaciones y comportamientos de la materia social que ordena y sobre la que recaen dichas leyes, la Jurisprudencia ha de dar razón de los litigios y conflictos jurídicos de los ciudadanos (dimensión material). Y de modo análogo, así como lo justo general que se alcanza con una buena ley, dará razón de la responsabilidad de los legisladores que así obran; lo justo particular (dimensión final), determinado en una sentencia bien fundamentada (dimensión formal) ha de dar buenas razones —a través de la lógica analógica— del compromiso y buen hacer de los jueces honestos (dimensión agente).

7. CONCLUSIONES

a) Destacábamos al principio de este trabajo la inutilidad de toda teorización política o jurídica que no conecte con la realidad social, que no ponga el suficiente énfasis en su actualización o puesta en ejercicio. El problema de armonizar la teorización y el ejercicio del derecho es, en efecto, una ardua y discutida cuestión. El origen del problema surge a partir de la pregunta clásica: ¿qué es el derecho? Sin embargo, y limitando considerable y prudentemente la discusión, he querido retomar el debate en un determinado punto, en el preciso punto en el que se produce la irrupción del movimiento neoconstitucionalista en el terreno jurídico. Muy importante ha sido también en este estudio introducir, en el análisis de la cultura jurídica, una dimensión agente o causa eficiente a las tradicionales dimensiones normativa, fáctica y valorativa del derecho.

b) El principal problema al que se ha enfrentado este estudio, dado que busca una concepción comprensiva del derecho, es el de los reduccionismos jurídicos. Dicho problema, se puede decir, ha existido, existe y existirá siempre, dadas las infinitas formas de empobrecer parcelando la rica heterogeneidad del derecho. El recurso fácil que pretende definir y fijar la complejidad de lo jurídico consiste en reducir el dere-

[31] Debemos recordar que hacemos analíticamente la distinción entre el modo formal y el modo final del derecho manteniendo su relación analógica, esto es, sin separar el carácter unitario de ambos modos.

cho a una sola de sus diferentes dimensiones. De este modo, en todo tiempo y lugar las concepciones reductoras del derecho se reproducen y multiplican al infinito. Por todo ello, en este trabajo hemos apostado —contra todo tipo de reduccionismo jurídico— por una concepción comprensiva e integradora. Una concepción del derecho, en suma, que apoyándose en una lógica analógica se ocupa conjuntamente del saber y el obrar jurídicos y, por consiguiente, es capaz de mantener la recíproca relación de los aspectos teóricos y prácticos del derecho.

c) Sin perjuicio de futuras reflexiones, este artículo gira básicamente sobre ciertos temas: buscar y operar con una lógica jurídica que relacione la concepción y el ejercicio del derecho; dotar de unidad a las diferentes modalidades de lo jurídico; perfilar una concepción englobadora de la heterogeneidad jurídica. Se podría decir, entonces, que el uso de las nociones analógicas al afrontar estos temas nos ha conducido a una concepción del derecho de base aristotélica y desarrollo hermenéutico. En cualquier caso y sea como fuere, ha sido la lógica analógica la llave que ha facilitado concebir y ejercer un derecho no reductor sino integrador de sus diferentes dimensiones.

Y como la analogía implica una unidad lógica y una unidad de ejercicio, nos hemos apoyado principalmente en los actos legislativos y judiciales con el propósito de mostrar más claramente su funcionamiento. Por un lado, los actos legislativos y judiciales, en tanto que concluyen básicamente en la ley y la sentencia, han de explicar la unidad lógica de materia y forma jurídicas. Una forma jurídica (la Legislación y la Jurisprudencia) que dé cuenta de las relaciones y litigios de los ciudadanos que componen la base material de todo derecho. Y, por otro lado, los actos legislativos y judiciales, en tanto que se dirigen a la determinación de la cosa justa, reclaman la unidad de ejercicio entre unos agentes responsables y unos fines democrática y constitucionalmente determinados. Por tanto, la unidad analógica de forma y fin en el derecho —hemos podido finalmente concluir— puede y ha de ser expresada en leyes y sentencias justas. Y para ello, los legisladores en el Parlamento han de buscar y establecer lo justo general; los jueces en los Tribunales han de precisar lo justo particular.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica.* Trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ANDERSON, P., 1974: *Lineages of the Absolutist State*. Hay traducción de Santos Juliá, *El Estado absolutista*, Madrid: Siglo XXI, 1994.

ARISTÓTELES, 1994-1995: *Tratados de lógica (Órganon) I y II*. Trad. al castellano de M. CANDEL, Madrid: Gredos.

— (2000): *Metafísica*. Trad. de T. CALVO, Madrid: Gredos.

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

AUBENQUE, P., 1963: *La prudence chez Aristote*, Paris: PUF. Trad. de M.ª J. TORRES, *La prudencia en Aristóteles,* Barcelona: Crítica, 1999.

BASTIT, M., 1990: *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Paris: Presses Universitaires de France. Hay traducción al castellano, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez*, Buenos Aires: EDUCA, 2005.

BEUCHOT, M., 2003: *Hermenéutica analógica y del umbral,* Salamanca: Editorial San Esteban.

COMANDUCCI, P., 2009: «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», en P. COMANDUCCI *et al., Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

— 2011: «"Constitucionalismo": problemas de definición y tipología», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 34.

DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd. Trad. M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

— 1986: *Law's Empire,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Trad. C. FERRARI, *El imperio de la justicia,* Barcelona: Gedisa, 1992.

ESPINOSA ARES, J. M., 2011: «El idealismo jurídico kantiano. Una crítica de la crítica», en *RDUNED 8 (Revista de Derecho UNED),* Madrid.

FERRAJOLI, L., 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.

— 2011: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta.

GADAMER, H.-G., 1999: *Verdad y método I,* Salamanca: Sígueme.

GUASTINI, R., 2007: *Teoria e ideologia dell'interpretazione constituzionale*. Trad. M. CARBONELL y P. SALAZAR, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta, 2008.

HAZARD, P., 1961: *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*, Paris: Arthème Fayard. Trad. J. MARÍAS, *La crisis de la conciencia europea,* Madrid: Alianza, 1988.

ISRAEL, J., 2010: *A revolution of the mind. Radical Enlightenment and the intellectual origins of modern democracy*, Princeton University Press.

LYOTARD, J. F., 1989: *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris: Les Editions de Minuit. Trad. M. A. RATO, *La condición postmoderna*, Madrid: Cátedra, 1989.

MORESO, J. J., 2013: «Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli», en *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época,* t. XXIX.

MUINELO, J. C., 2003: «La institución procesal: implicaciones hermenéuticas a propósito de la consideración interpretativa y argumentativa en la aplicación del derecho», en *Doxa,* núm. 26.

— 2005: «La naturaleza compleja del término "derecho". Un intento de estructuración de los diferentes planos del discurso jurídico», en *Persona y Derecho,* núm. 52.

— 2011: *La invención del derecho en Aristóteles*, Madrid: Dykinson.

— 2013: «La unidad analógica del término derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época,* t. XXIX.

MURALT, A. DE, 1985: *Comment dire l'être? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Paris, Vrin.

— 1993: *L'enjeu de la philosophie médiévale*, Leiden: E. J. Brill. Trad. de J. C. MUINELO y J. A. GÓMEZ, *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, escotistas, ockhamistas y gregorianos,* Madrid: Marcial Pons, 2008.

NIETO, A., 2004: *El desgobierno judicial*, Madrid: Trotta.

PRIETO SANCHÍS, L., 2003: *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid: Trotta.

— 2007: «El constitucionalismo de los derechos», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid: Trotta.

REALE, M., 1997: *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho,* Madrid: Tecnos.

RICOEUR, P., 1965: *De l'interprétation: essai sur Freud*, Paris: Editions du Seuil. Hay trad. al castellano, *Freud: una interpretación de la cultura*, Madrid: Siglo XXI, 1978.

— 1969: *Le conflit des interprétations: essais d'herméneutique*, Paris: Editions du Seuil. Trad. A. FALCÓN, *El conflicto de las interpretaciones*, Buenos Aires: FCE, 2003.

— 1993: *Amor y justicia*. Trad. T. D. MORATALLA, Madrid: Caparrós Editores.
— 1995: *Le juste,* Paris: Esprit. Trad. A. D. MORATALLA, *Lo justo*, Madrid: Caparrós, 1999.
— 2001: *Le juste 2,* Paris: Esprit. Trad. T. D. MORATALLA y A. D. MORATALLA, *Lo justo 2: estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada,* Madrid: Trotta, 2008.
RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., 2011: *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica,* Granada: Comares.
SERNA, P. (dir.), 2005: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada: Comares.
VEGA, R., 2011: «Hermenéutica y ley analógica. La concepción del derecho de Michel Bastit», en *Revista ICADE 82*.
— 2013: «Consideraciones en torno a la unidad de la filosofía del derecho de Spinoza», en *Persona y derecho,* núm. 68/1.
— 2014: «Sobre derecho y moral: virtudes, corrupción y regeneración en el mundo jurídico», en *Revista Portuguesa de Filosofía,* vol. 70 (facs. 2-3), Braga.
VVAA (ed. de M. CARBONELL, 2007): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta.
ZAGREBELSKY, G., 2007: «Jueces constitucionales», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid: Trotta.
— 1992: *Il Diritto mitte. Legge diritto giustizia*, Torino: Giulio Einaudi. Trad. M. GASCÓN, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 2008.

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN CARLOS S. NINO. UNA LÍNEA FÉRTIL PARA LA METODOLOGÍA JURÍDICA *

Federico de Fazio
Universidad de Buenos Aires
Martín Aldao
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. El artículo reconstruye la concepción que la teoría de Carlos S. NINO, y sus continuaciones, tiene sobre los derechos sociales fundamentales, a través de la distinción analítica entre el nivel de la fundamentación y el nivel de la determinación del alcance de los mismos. A dicha concepción se le trazarán tres críticas: *a)* un desacople conceptual entre el nivel de fundamentación y el nivel de determinación del alcance de los derechos sociales; *b)* una ausencia de una diferenciación conceptual adecuada que justifique un trato procesal y metodológico particular para los derechos sociales fundamentales, y *c)* una disolución injustificada de la tensión inmanente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales dada entre los principios formales y los principios materiales ligados al Estado social. Concluiremos que para superar este déficit, la teoría de NINO debe ser complementada con una línea de investigación metodológica que reconstruya los recorridos argumentativos que dan lugar a la aplicación de tales derechos.

Palabras clave: Derechos sociales fundamentales, Carlos S. NINO, metodología jurídica.

Social Fundamental Rights in Carlos S. Nino. A Fertile Line for the Legal Theory

ABSTRACT. This article reconstructs the conception of social fundamental rights developed by C. S. NINO and others who have continued his work, through an analytical distinction between the level of foundation of social rights and the level of its adjudication. We will make three main critical to this conception: *a)* a conceptual inconsistency between the level of foundation and the level of the adjudication of social rights; *b)* the lack of a differentiated conceptualization of social rights, which justifies a distinctive process and methodological treatment, and *c)* an unjustified dissolution of the tension between formal and material principles related with the welfare State. We will conclude that NINO's theory can overcome these critical through the development of a methodological theory of adjudication for social fundamental rights.

Keywords: Social fundamental rights; Carlos S. NINO, methodology of law.

---

* Fecha de recepción: 21 de mayo de 2014. Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2014.

Los autores quieren agradecer especialmente a: Laura CLÉRICO, Julio MONTERO, los evaluadores anónimos de la revista, los organizadores y/o participantes de las primeras jornadas Carlos NINO sobre Teoría Política Contemporánea, realizadas los días 11, 12 y 13 de diciembre del 2013 en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico de Buenos Aires, quienes con sus observaciones han realizado aportes para completar y mejorar el presente artículo.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos sociales fundamentales[1] hallan justificación en la obra de Carlos S. NINO a través del principio de autonomía[2]. Sin embargo, dicha teoría no se muestra tan permeable a aceptar la determinación judicial de los mismos y, por tanto, su aplicación directa por parte de los tribunales. Esta aparente contradicción expone a la teoría de NINO a las siguientes críticas: *a)* una inconsistencia o desacople entre el *nivel de la fundamentación* de los derechos sociales y el *nivel de la determinación del alcance* de los mismos; *b)* una falta de una diferenciación conceptual relevante que justifique un trato procesal y metodológico especial para los derechos sociales, y *c)* una disolución injustificada de la tensión inmanente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales dada entre los principios formales[3] y los principios materiales ligados al Estado social. En este trabajo sostendremos las siguientes dos tesis: 1) que para una acabada comprensión de su concepción de derechos sociales, resulta necesario distinguir entre el *nivel de la fundamentación de los derechos sociales* y el *nivel de la determinación de su alcance*; 2) que la teoría de NINO sólo puede superar las tres críticas sostenidas a través de su complementación con una línea de investigación metodológica que pueda reconstruir recorridos argumentativos para la aplicación de derechos sociales fundamentales.

Para poner a prueba dicha hipótesis, presentaremos una argumentación estructurada de la siguiente manera: por un lado, una exposición crítica de la teoría de NINO y su concepción de los derechos sociales fundamentales (II) y, por el otro, una exposición crítica de aquella teoría denominada «justicia dialógica», la cual continúa a la obra

---

[1] A los efectos del presente trabajo nos bastará con dar por supuesta la definición realizada por ARANGO, quien conceptualiza a los derechos sociales fundamentales como «derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas» (ARANGO, 2005: 57). Se utilizará indistintamente a los largo de este artículo «derechos sociales fundamentales» y «derechos sociales» para referirnos al mismo concepto.

[2] En lo que hace a lo que aquí denominaremos *nivel de la fundamentación de los derechos sociales*, la teoría de NINO queda abierta a ciertas discusiones. Por ejemplo, uno de los problemas de fundamentación donde podría quedar atrapada dicha teoría se apoya sobre la idea del principio de libertad económica como un presupuesto para el ejercicio de la autonomía. As entendida, sería pasible de las mismas críticas que SEN ha dirigido contra RAWLS y DWORKIN, en relación con el concepto de justicia distributiva. Según SEN ni la igualdad de bienes primarios, como sostiene RAWLS, ni la igualdad de recursos, como sostiene DWORKIN, resultan parámetros de justicia distributiva apropiados. Por el contrario, su posición supone que se trata de atender las capacidades de cada individuo a los efectos de evaluar de qué manera ellos pueden convertir esos bienes o recursos en libertad efectiva (ARANGO, 2005: 160). Sin embargo, en el presente trabajo no nos dedicaremos a estas discusiones, las cuales daremos por supuestas y sobre las cuales existe un abundante desarrollo literario. Nuestro objetivo es adentrarnos en aquellas discusiones que se suscitan en el *nivel de determinación del alcance* o aplicación de tales derechos y que, creemos, no han tenido el mismo nivel de desarrollo teórico que las anteriores. Agradecemos la puntualización realizada por uno de los evaluadores anónimos en este sentido.

[3] La noción de «principios formales» puede resultar ambigua. A los efectos de este trabajo, entenderemos por «principios formales» a aquellas normas constitucionales que determinan los procedimientos de creación legislativa y que realizan la pretensión de certeza y seguridad jurídica del sistemas jurídico (ALEXY, 1992: 167; SIECKMANN, 2012: 167). Por supuesto, la noción de «principios formales» puede resultar problemática si se la entiende como presupuestos a-valorativos que conforman el esqueleto dentro del cual puede permanecer cualquier contenido jurídico (ZAGREBELSKY, 2014: 77 y 86). Ésta es una de las tesis principales del positivismo jurídico, la cual creemos injustificada. En este trabajo asumimos la noción de «paradigmas del derecho» de J. HABERMAS, la cual entiende que, ante supuestos de conflictos entre «principios formales» y «principios materiales ligados al Estado social» lo que está presupuestado es un conflicto entre dos concepciones de Estado: el Estado liberal-burgués y el Estado social (HABERMAS, 2010: 484).

de NINO en este sentido (III). Sostendremos como conclusión que las tres críticas efectuadas a la teoría de NINO pueden dirigirse también a la teoría de la «justicia dialógica» y que sólo pueden ser superadas a través del desarrollo de una línea de investigación de tipo metodológica. De aceptarse esto, entonces deberían establecerse importantes vínculos de complementación entre la teoría de NINO y la teoría de Robert ALEXY (IV).

2. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN CARLOS S. NINO: JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE

2.1. La Fundamentación de los derechos en NINO

Buena parte de la obra desarrollada por Carlos S. NINO está destinada a la justificación de los derechos fundamentales[4]. Su modelo reconstructivo se compone de cuatro niveles de fundamentación relacionados lógicamente: 1) el nivel del discurso; 2) el nivel de los principios; 3) el nivel de los derechos, y 4) el nivel de las instituciones (R. ALEXY, 2006: 174).

Según NINO, del discurso práctico o moral pueden extraerse ciertos presupuestos o una «estructura subyacente» de la cual pueden derivarse principios básicos (C. NINO, 1989: 104)[5]. Estos principios se corresponden con una concepción liberal de la sociedad (C. NINO, 1997: 75) y son: *a)* el principio de autonomía (junto al principio hedonista); *b)* el principio de inviolabilidad de la persona, y *c)* el principio de dignidad de la persona.

El primero se refiere a la libre aceptación de los principios morales intersubjetivos (moral pública) y de los ideales autorreferentes de excelencia personal (moral privada)[6]. El principio de autonomía es «agregativo» sin importar cómo esté distribuido socialmente. El segundo principio proscribe que se prive a individuos de los bienes definidos por el principio precedente a favor de otros individuos o a favor de una entidad supraindividual. Éste es un principio distributivo que limita la prosecución del principio de autonomía a expensas de la autonomía de los demás (C. NINO, 2013a: 113)[7]. El tercer principio limita al principio de inviolabilidad de la persona y exige respetar la voluntad o el consentimiento del sujeto, inclusive en casos donde esté resignando parte de su autonomía en favor de otro (C. NINO, 1997: 80)[8].

---

[4] *Vid.* C. NINO, 1989 y 1997.

[5] Según ALEXY, esta concepción de la estructura de los actos de habla normativos ubica a NINO dentro de la tradición de la teoría del discurso (R. ALEXY, 2006: 177). En este sentido, NINO comenta que el pretender participar en un discurso moral implica aceptar sus reglas presupuestas, de otro modo se estaría incurriendo en una *inconsistencia pragmática* (C. NINO, 1997: 74).

[6] En este sentido, NINO se asemeja a la concepción de HABERMAS, en cuanto a que existe una relación de co-implicación entre la autonomía privada y la autonomía pública. *Vid.* J. HABERMAS, 2010: cap. III; 1999: 231-247, y J. SIECKMANN, 2008: 465-483.

[7] Desde una concepción liberal igualitaria, como la de NINO, esto puede pensarse no sólo como límite a la distribución de bienes sino como una justificación para su distribución equitativa, siempre y cuando el aumento en la autonomía de otros no limite excesivamente la autonomía de un sector más favorecido en el mercado. En este sentido, su posición se asemeja al «principio de la diferencia» de John RAWLS.

[8] Esto claro está, siempre que no haya una limitante preestablecida por el principio de inviolabilidad, sobre todo en aquellos supuestos donde el consentimiento está condicionado por situaciones fácticas desfavorables. El ejemplo típico es la contratación laboral (C. NINO, 2013: 114).

Del principio de autonomía, comenta NINO, surge el tercer nivel de fundamentación: esto es, el sistema de derechos fundamentales (C. NINO, 2013a: 113). Los derechos fundamentales tienen la misión de garantizar las condiciones necesarias para la elección y realización de ideales personales y planes de vida basados en esos ideales. «Estos prerrequisitos para la libre elección y realización de planes de vida incluyen: integridad física y psicológica, libertad de movimiento, de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, de trabajo», entre otros (C. NINO, 1997: 77).

Por último, en el cuarto nivel de fundamentación, se encuentran las instituciones políticas y jurídicas democráticas, las cuales no pueden contrariar ni a los principios ni a los derechos que fomentan a estos principios. En este sentido, NINO distingue entre los derechos *a priori*, que se deducen de la «estructura subyacente del discurso» y legitiman el desarrollo institucional, de los derechos *a posteriori*, que surgen luego de su fundamentación en un proceso democrático y pueden variar de contenido de acuerdo a los diferentes consensos políticos (C. NINO, 1992: 410).

2.2. Dos interpretaciones sobre los derechos sociales en la obra de Carlos S. NINO

Independientemente de lo que a primera vista parece colegirse de la enumeración de derechos señalada por NINO, existe una discusión respecto a si su teoría considera que los derechos sociales poseen el carácter de derechos fundamentales o si, más bien, resultan instituciones jurídicas admisibles, pero que sólo pueden lograr efectivizarse como resultado del proceso democrático. En sus propias palabras, la discusión gira en torno a si Nino reconoce a los derechos sociales como derechos *a priori* o como derechos *a posteriori*. Algunos autores, como por ejemplo Gustavo MAURINO, sostienen que, de acuerdo a la fundamentación que realiza NINO, debe entenderse a los derechos sociales como derechos *a priori*, en una relación de paridad con los derechos civiles y políticos (G. MAURINO, 2008: 908)[9]. En cambio, otros autores, como por ejemplo Robert ALEXY (R. ALEXY, 2006: 45)[10], Horacio ETCHICHURY (H. ETCHICHURY, 2013:

[9] Dice MAURINO en este sentido: «[...] la compatibilización de los derechos y la democracia, en el marco de los prerrequisitos del valor deliberativo del procedimiento democrático, fundamenta un núcleo de autonomía personal emancipatoria como parte de los derechos *a priori*, tal que posibilite efectivamente el funcionamiento de los individuos como agentes morales relevantes del diálogo democrático; un núcleo que actualice en los individuos su capacidad de ser fuente significativa de argumentos en la vida pública, en el diálogo público de razones. Bajo esta conceptualización los derechos *a priori* incluyen, además de los derechos políticos, una protección robusta frente a la necesidad económica estructural (y sus consecuencias), la falta de acceso a la educación y la información, la falta de atención a la salud ante enfermedades graves. Estos derechos no están sujetos a definición, discusión o negociación democrática. Se imponen incluso frente —y en contra— de la voluntad mayoritaria, deben ser efectivizados incluso por el poder judicial cuando su afectación se reclama. Este núcleo de autonomía emancipatoria justifica una intervención activa del poder judicial, que no es contraria al ideal democrático, en tanto se orienta a asegurar sus prerrequisitos» (MAURINO, 2008: 908).

[10] ALEXY comenta: «A los derechos fundamentados de alguna forma apriorísticamente, Nino contrapone derechos que no pueden resultar de las condiciones y presuposiciones del discurso moral sino que son sólo resultado de discusiones morales y procedimientos democráticos. Estos derechos, a los que pertenecerían sobre todo los derechos sociales fundamentales, son considerados como derechos *a posteriori*. Además, la solución de conflictos entre derechos debe pertenecer al ámbito de lo *a posteriori*. La diferenciación entre un ámbito *a priori* y *a posteriori* es de gran significación para la fundamentación discursivo-teórica de los derechos fundamentales. Ella descarga considerablemente a la teoría pura del discurso en la medida en que delega tareas esenciales de fundamentación en los discursos sobre derechos fundamentales y en el proceso político. Sin

52)[11] y Julio MONTERO (J. MONTERO, 2008: 402)[12], afirman que NINO establece una diferencia, surgida del diferente grado en que las distintas clases de derechos preservanen la práctica al principio de autonomía y predeterminan el juego democrático, que sentaría las bases para considerar sólo a los derechos civiles y políticos como derechos *a priori*, quedando los derechos sociales a merced de la definición política.

Por nuestra parte, creemos que ambas posiciones no resultan estrictamente incompatibles, puesto que se mueven en niveles teóricos diferentes. Así, al momento de reconstruir la concepción que la teoría de NINO tiene sobre los derechos sociales, resulta necesario distinguir entre *el nivel de la fundamentación* y *el nivel de la determinación de su alcance*. Precisamente, las diferencias interpretativas mencionadas encuentran razón de ser en base a una inconsistencia o desacople entre lo sostenido por NINO en el *nivel de la fundamentación* y lo sostenido por NINO en el *nivel de la determinación del alcance* de los mismos.

En lo que hace al nivel de la *fundamentación de los derechos sociales*, NINO parte de una concepción de la sociedad liberal igualitaria. La misma supone que la garantía del principio de autonomía no sólo requiere omisiones estatales, sino que también acciones positivas. Comenta en este sentido: «[...] los mismos principios que justifican los derechos *clásicos* (son) los que sirven también de fundamento a los *nuevos* derechos [...]; es inconsistente reconocer unos y desconocer otros» (C. NINO, 1989: 349).

Así, se deferencia de aquel liberalismo conservador, representado por HAYEK o NOZICK, que considera que el liberalismo sólo debe reconocer derechos de no intervención estatal. NINO opone a esta concepción los siguientes argumentos: 1) en primer lugar, no es cierto que el «orden» del mercado sea espontáneo, sino que está basado en una estructura legal de la propiedad y de los contratos y en un esfuerzo estatal por hacer cumplir dichas pautas (C. NINO, 2013b: 228)[13]. 2) En segundo lugar, no es cierto que la autonomía sólo implique, como contracara, obligaciones negativas, sino que, en muchos supuestos, la posibilidad de elegir y desarrollar un plan de vida depende de bienes y recursos que deben ser provistos por conductas positivas de los otros (C. NINO, 2013b: 229). 3) Por último, que los aspectos formales y materiales de la libertad no pueden ser pensados por separado y que tampoco existe una justifica-

---

embargo, ha de preguntarse todavía si la división de Nino es correcta» (ALEXY, 2006: 45). «[...] Contra este modelo se pueden realizar tres objeciones. La primera hace notar que en él la concesión de derechos sociales se deja librada completamente a la mayoría parlamentaria correspondiente, pues si han de reconocerse o no derechos sociales es, según Nino, cuestión del alcance de los derechos fundamentales. Ello no hace justicia a la importancia de los derechos fundamentales sociales mínimos como el derecho de alimentación, vestido y vivienda para la existencia y autonomía del individuo» (ALEXY, 2006: 60).

[11] Dice ETCHICHURY: «El planteo de Nino deja algunos puntos oscuros. Por una parte, brinda un concepto profundo de autonomía personal y lo utiliza para fundamentar los derechos individuales como tutelas de esa autonomía. Luego da lugar a los derechos sociales como «extensión natural» de los individuales; pero les da un lugar subordinado. Los hace depender de «cambios estructurales» y de la deliberación política (como derechos *a posteriori*) mientas que los otros derechos no se sujetan a tales condiciones» (ETCHICHURY, 2013: 52).

[12] Entiende MONTERO que, de acuerdo con lo postulado por NINO, «el único campo en el que una democracia deliberativa podría tolerar la intervención judicial sería, por tanto, el de los clásicos derechos civiles y políticos, manteniéndose los derechos económicos y sociales abiertos al intercambio de razones y opiniones que se suscitaría entre ciudadanos que defienden diferentes concepciones sociales, políticas y económicas en la arena pública de un régimen democrático» (MONTERO, 2008: 402).

[13] En el mismo sentido *vid.* S. HOLMES y C. SUNSTEIN, 2011: cap. I, y V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, 2002: cap. I.

ción relevante para dar prioridad a un aspecto sobre el otro, al menos en abstracto (C. NINO, 2013b: 232).

Por ello, concluye NINO que la teoría liberal conservadora termina siendo más conservadora que liberal (C. NINO, 2013b: 232), puesto que admite disminuciones significativas en los niveles de autonomía de gran parte de la sociedad en pos de que no se revierta la distribución de bienes predeterminada. Si lo que caracteriza al liberalismo es el desarrollo del principio de autonomía, entonces sólo cabe reconocer a los derechos sociales como un «aspecto» o un «instrumento» del mismo (C. NINO, 2013b: 227)[14]. Considerando lo argumentado por NINO en el *nivel de la fundamentación* de los derechos, debemos darle crédito a la interpretación de MAURINO respecto a que, en su teoría, NINO reconoce a los derechos sociales como fundamentales y, por tanto, como derechos *a priori*, quedando éstos fuera del alcance del proceso democrático (G. MAURINO, 2008: 905).

Sin embargo, en cuanto nos desplazamos al *nivel de la determinación del alcance de los derechos sociales*, NINO parece desdecir este entendimiento. Aquí, sostiene que aquellos derechos sociales que exigen medidas de acción positiva por parte del Estado pueden terminar socavando aquello que pretenden garantizar: la autonomía personal de los individuos y la decisión democrática. Dice en este sentido: «El liberalismo [...] está basado no en distinciones espurias (de los derechos), las cuales hemos desechado, sino en la necesidad de preservar la autonomía personal en contra de excesivos deberes positivos que son correlativos a los derechos sociales. De acuerdo con dicha postura, estos deberes, cuando sobrepasan cierto límite, hasta pueden amenazar con la exclusión de la posibilidad misma de llevar a cabo un plan de vida [...], con una excesiva concentración de poder en los órganos estatales y con el abuso y la corrupción, llevando al final a la restricción de la autonomía personal de las personas menos favorecidas. Con esto me refiero a que, a pesar de que la total y absoluta negación de los derechos sociales yace fuera de los límites del liberalismo constitucional, el alcance preciso de dichos derechos, frente a los de propiedad o comercio, será establecido a través del proceso democrático de discusión y toma de decisiones» (C. NINO, 2013b: 233). En otro pasaje, y ya refiriéndose a la relación entre derechos sociales y las instituciones democráticas, NINO agrega: «[...] debemos ser cuidadosos al limitar los casos en los que estamos dispuestos a interferir con el sistema democrático para su propia protección. Si decidimos, por ejemplo, que una distribución específica de bienes [...] es requerida como precondición para el funcionamiento apropiado del sistema democrático, impedimos que el sistema pueda intervenir en la discusión acerca de cuál es la forma más apropiada de distribución. En última instancia, podría suceder que tengamos un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que sólo deja espacio para decidir sobre muy pocas cuestiones» (C. NINO, 1997: 276).

Si consideramos lo sostenido por NINO en estas últimas citas, correspondientes a lo que hemos denominado el *nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales, vemos cómo la interpretación de ALEXY, ETCHICHURY y MONTERO cobra sentido. En este nivel, NINO parece otorgarle carácter *a posteriori* a los derechos sociales, lo que

[14] *Vid.* también, C. NINO, 1989: 349 y 1997: 96.

implica que no puedan ser determinados y exigidos judicialmente de manera directa, sino que dependerán, en última instancia, de su proyección o realización política.

2.3. Valoración de la concepción de derechos sociales en Carlos S. NINO

La concepción de NINO nos merece, por un lado, una consideración general respecto a su importancia en la fundamentación de los derechos sociales y, por el otro, tres críticas sobre puntos específicos referidos al alcance de los mismos: *a)* el ya mencionado desacople entre el *nivel de la fundamentación* y el *nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales; *b)* la falta de fundamentación de una diferencia relevante entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales que justifique un trato procesal y metodológico diferenciado en el accionar judicial, y *c)* la disolución injustificada de la tensión entre los principios formales y los principios materiales del Estado social.

Así, primeramente debemos destacar que la teoría de NINO resulta una reconocida teoría contemporánea en materia de fundamentación no sólo de los derechos humanos sino también de los derechos sociales en particular. Su justificación respecto a la igual «fundamentabilidad» de los derechos sociales en relación a los demás derechos (civiles y políticos) hoy halla una generalizada aceptación tanto en la teoría constitucional[15] como en la dogmática jurídica. De hecho, puede considerarse que la obra de NINO, respecto a este punto, ha influido en una línea de investigación consolidada, llevada adelante principalmente por Víctor ABRAMOVICH, Marcelo ALEGRE, Christian COURTIS, Roberto GARGARELLA, Gustavo MAURINO, entre muchos otros.

En cuanto a las críticas a su teoría, en primer lugar, debemos mencionar que, tal como quedó de manifiesto en el parágrafo anterior, existe un desacople en la teoría de NINO entre el *nivel de la fundamentación* de los derechos sociales y el *nivel de la determinación de su alcance*. Si nos detenemos en el primer nivel, los derechos sociales aparecerán como derechos *a priori*, pero, si nos paramos sobre el segundo nivel, los derechos sociales estarán definidos como derechos *a posteriori*. Esto permite entablar una primera crítica general respecto a la ambigüedad en la definición del concepto de los derechos sociales. Ciertamente, no puede determinarse con exactitud si se trata de derechos fundamentales o no, o si se trata de derechos exigibles o no. Parecen haber buenos argumentos para sostener tanto una interpretación como su contraria.

La segunda crítica refiere a una aparente contradicción entre las excepciones a los límites del control de constitucionalidad judicial que NINO reconoce y la deferencia al poder legislativo que propone para la determinación del alcance de los derechos sociales. Como se sabe, la concepción de NINO se muestra muy recelosa respecto a la revisión judicial de la actividad legislativa. En particular, niega tal posibilidad, salvo tres excepciones específicas: *a)* la custodia del proceso democrático; *b)* el resguardo de la autonomía individual, y *c)* la preservación de la práctica constitucional histórica

[15] *Vid.* en este sentido: R. GARGARELLA, 1998: 11-15; 2008a; V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, 2002; S. HOLMES y C. SUNTSEIN, 2011; G. PISARELLO, 2007; BERNAL PULIDO, 2004: 99-144; L. CLÉRICO, 2011; R. ARANGO, 2005.

(C. NINO, 1997: cap. VII)[16]. Por cuestiones de simplicidad, nos detendremos sólo en la excepción «b)», referida al resguardo de la autonomía individual.

Si como vimos, NINO reconoce que los derechos sociales son un «aspecto» más del principio de autonomía y que, precisamente, el mismo principio que fundamenta a los derechos civiles y políticos fundamenta a los derechos sociales, no queda claro porqué los derechos sociales no deberían ser alcanzados por la revisión judicial destinada a resguardar al principio de autonomía.

Como ya se señaló, NINO entiende que el alcance de los derechos sociales debe quedar en manos de la actividad legislativa, debiendo los jueces custodiar, exclusivamente, la corrección formal de los pasos procesales del régimen democrático (la excepción «a»)[17]. Sin embargo, no explicita ningún argumento relevante que evidencie una diferencia conceptual entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, que justifique una distinción en el trato procesal y metodológico de los mismos.

Por último, su modelo procedimental y metodológico disuelve de manera injustificada la tensión necesaria entre principios formales y principios materiales derivados de las normas del Estado social (J. HABERMAS, 2010: cap. IX; R. ARANGO, 2013: 65-81). En el marco de los Estados constitucionales existe una tensión inmanente entre los principios formales (como el principio de primacía del legislador o de división de poderes) y los principios materiales del Estado social (como principio de salud, de vivienda digna, de alimentación, etc.) que surgen de las tensiones entre diferentes concepciones de la autonomía, de la igualdad y del Estado (J. HABERMAS, 2010: cap. IX)[18]. En este sentido, ante casos donde se presenten derechos sociales, NINO parece dar una precedencia incondicionada en abstracto en favor de los principios formales. Esto acarrea un problema normativo y otro conceptual. El problema normativo supone que esta conclusión no parece estar justificada por las normas constitucionales. El problema conceptual está signado por la pérdida del carácter «fundamental» por parte de los derechos sociales, puesto que al tratarse de una precedencia con carácter definitivo (es decir, no pasible de ser rebatida con ninguna otra argumentación en contrario) termina librando, en la práctica, la determinación de su alcance al legislador con exclusividad.

Estas tres críticas, creemos, pueden ser fácilmente superadas a través del desarrollo de una línea de investigación dogmática o metodológica que reconstruya los recorridos argumentativos que definen el alcance de los derechos sociales. Esto, de ser factible, implicaría mantenerse dentro de su teoría en lo que respecta al *nivel de fundamentación de los derechos sociales* aunque estableciendo algunas modificaciones en lo que hace al *nivel de la determinación de su alcance*. En efecto, de reconstruirse procedimientos racionales de aplicación de los derechos sociales fundamentales, desaparecería el escepticismo que aun subyace en la teoría de NINO respecto a la determinación del contenido de los mismos y, como consecuencia de ello, de su aparente carácter limitador de la autonomía de los sujetos y/o del proceso democrático[19].

---

[16] *Vid.* también, R. GARGARELLA, 2008b: 205.

[17] Aquí NINO se basa en la teoría de John ELY (C. NINO, 1997: 273). *Vid.* J. ELY, 1980, y R. GARGARELLA, 1995.

[18] *Vid.* también, G. ZAGREBELSKY, 2009, y F. DE FAZIO, 2013: cap. I.

[19] Es propicio aclarar que, en uno de sus últimos trabajos, NINO sí desarrolla una teoría de la interpretación constitucional, muy ligada a la concepción de DWORKIN (NINO, 1992: 77-84). Sin embargo, tal desarrollo

3. LA TEORÍA DE LA «JUSTICIA DIALÓGICA» Y LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES: UNA CONTINUIDAD DE LA TEORÍA DE NINO

3.1. La teoría de la «Justicia dialógica» como continuadora de la obra de NINO

Independientemente de las tres críticas esbozadas recientemente a la concepción en NINO de los derechos sociales, debemos considerar que NINO no ha perseguido, como interés de investigación específico, el desarrollo de una dogmática en la materia o la reconstrucción metodológica de recorridos argumentativos para la determinación de su alcance. Su muerte temprana ha dejado su obra, en este sentido, inconclusa.

Sin embargo, y como ya se ha señalado más arriba, ha dejado sentadas líneas de investigación referidas a los derechos sociales que, tiempo después, se han consolidado y han recibido amplia aceptación. La primera línea de investigación, como ya se sugirió, está originada en lo que hemos denominado *el nivel de la fundamentación* y supone la justificación de la «igual fundamentabilidad» de los derechos sociales en relación con el resto de los derechos. La segunda línea de investigación que ha continuado la obra de NINO se aboca sobre aquello que hemos definido como *el nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales y ha estado signada por la reconstrucción de un modelo de control de constitucionalidad judicial coherente con su concepción deliberativa de la democracia. A esta concepción se la ha denominado bajo el nombre de «justicia dialógica»[20] y sobre ella nos detendremos para examinar si supera las tres críticas anteriormente esbozadas a la teoría de NINO.

La concepción «dialógica» del control de constitucionalidad da por supuesto el carácter fundamental de los derechos sociales (GARGARELLA, 1998: 14). A pesar de ello, entiende que toda intervención judicial en pos de su protección debe satisfacer los requerimientos de legitimidad que supone una concepción deliberativa de la democracia (R. GARGARELLA, 2013: 88)[21]. De otro modo, se estaría autorizando que un órgano contra-mayoritario pudiera decidir sobre cuestiones sustantivas que atañen a toda la sociedad[22].

---

no se ha visto acompañado por un replanteamiento de su teoría en relación a los derechos sociales. Quizá, podría pensarse como hipótesis para futuros trabajos, que el mencionado desacople entre el *nivel de fundamentación* y el *nivel de aplicación* de los derechos sociales, venga mediado por un desacople más general suscitado entre su teoría del control de constitucionalidad y su teoría de la interpretación constitucional. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, nos basta con analizar solamente el primer «desacople». Agradecemos a Laura Clérico por sus observaciones en este sentido.

[20] *Cfr.* R. GARGARELLA, 2007: 177-408; 2013: 85-99; H. ETCHICHURY, 2013: cap. IX; 2011; J. MONTERO, 2008. *Vid.* también, J. HABERMAS, 2010: cap. VI; P. HÄBERLE, 2008: 29-61.

[21] De acuerdo con NINO y GARGARELLA, por «democracia deliberativa» se entiende un procedimiento de toma de decisiones centrado en la participación de todos los interesados y en el intercambio de razones (C. NINO, 1997: cap. 5, y R. GARGARELLA, 2013: 85).

[22] En este sentido, GARGARELLA distingue entre «revisión judicial» y «supremacía judicial». La revisión judicial es la actividad por la cual los jueces revisan la validez de las normas legales y administrativas. La supremacía judicial tiene que ver con la noción de que los jueces tienen la última palabra cuando se trata de la interpretación constitucional y sus decisiones determinan el significado de la constitución para todos (GARGARELLA, 2007: 402). El problema que existe, según esta postura, es que de admitirse la «supremacía judicial» se estaría autorizando a que un grupo minoritario de jueces «impongan sus propias opiniones sobre las del resto de la población» (GARGARELLA, 2007: 402).

En efecto, esta concepción considera que, históricamente, han existido dos concepciones distintas sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes: 1) una concepción «fuerte», que supone que los jueces tienen la «última palabra» sobre toda cuestión que involucre derechos constitucionales y que, en este sentido, pueden «imponer su voluntad» por sobre el órgano representativo (GARGARELLA, 2013: 88). 2) Una concepción «débil» que, en cambio, supone jueces que nunca deben cuestionarla constitucionalidad material de la ley, lo que, bajo el manto de los argumentos democráticos y de división de poderes, implica «asumir un silencio cómplice a la violación de los derechos» (GARGARELLA, 2013: 89).

En contraposición con estas dos maneras de desarrollar el control de constitucionalidad, la teoría de la «justicia dialógica» se presenta como una «tercera vía intermedia» (R. GARGARELLA, 2007: 395), que, de acuerdo a sus defensores, resulta superadora en tanto compatibiliza la debida protección de los derechos con los principios democrático-deliberativos. De acuerdo a esta teoría, los jueces deben detectar violaciones a derechos, aunque no deben, sin más, invalidar las acciones u omisiones de los poderes representativos, sino que están obligados a buscar nuevos canales institucionales para resolver tal violación a través de la discusión participativa y democrática[23]. Entre los remedios propuestos se pueden hallar: *a)* las audiencias públicas de discusión entre las partes interesadas; *b)* la técnica del reenvío al poder legislativo[24]; *c)* medidas inclusivas de participación; *d)* controles procedimentales sobre la deliberación llevada a cabo en los órganos representativos[25]; entre otras medidas posibles[26]. De esta manera, un tri-

[23] GARGARELLA sostiene en este sentido: «[...] algunos autores piensan que la revisión judicial estaría del todo justificada si los jueces concentraran sus esfuerzos en salvaguardar el proceso político, o si los jueces se convierten en la voz de la minoría sin poder, o si aprendieran a dejar ciertas cuestiones sin decisión, evitar las generalizaciones abstractas, razonar por analogía y no por principios generales abstractos y decidieran con cuidado, paso a paso, tomando un caso a la vez (actuando de mono minimalista). Si los jueces se comportaran de la manera descripta, probablemente sus decisiones serían menos objetables desde la perspectiva de la democracia deliberativa» (GARGARELLA, 2007: 403).

[24] Esta técnica es la solución propuesta por J. HABERMAS en aras de preservar la primacía del parlamento por sobre el poder judicial (J. HABERMAS, 2010: 337).

[25] Así entendidas, estas medidas parecen muy cercanas a las propuestas por John ELY. Sin, embargo, tal como aclara GARGARELLA, si bien una teoría deliberativa de la democracia toma la propuesta de revisión procedimental de ELY, iría un poco más allá al exigir también buenos niveles de deliberación (R. GARGARELLA, 2013: 90). Como bien señala OLIVER LALANA, si bien aún debe rastrearse teóricamente la metodología para identificar problemas de racionalidad en el legislador, hay algunas sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) que dan algunas pautas. Un ejemplo en este sentido, precisamente sobre un caso de derechos sociales («*Existenzminimun*»), es el caso *Hartz-IV* (BVerfG 1 BvL 1/09, 144). Allí el Tribunal declaró inconstitucional la medida del legislador, pero no por el contenido de la misma, sino por una ausencia de una justificación. El BVerfG afirmó lo siguiente: «Sobre el legislador pesa la responsabilidad u obligación de explicitar qué métodos ha empleado y de qué cálculos se ha servido durante el proceso legislativo para fijar el mínimo existencial. Si no satisface suficientemente esta obligación, su determinación del mínimo existencial es ya, tan sólo a causa de este defecto, incompatible con [...] la Ley Fundamental» —traducción perteneciente a OLIVER LALANA— (OLIVER LALANA, 2005 y OLIVER-LALANA, 2014).Agrega OLIVER LALANA que, aun reconstruyendo esa metodología, queda también la tarea de reconstruir el ensamble entre este control de carácter procedimental que exige una justificación y el control material de la justificación explicitada; es decir, la proporcionalidad de la medida (OLIVER LALANA, 2014). En este sentido, sostenemos la hipótesis de que no sólo estos dos controles son compatibles, sino que además, el primer examen está presupuestos para el análisis del segundo, pues involucra a la exigencia de «saturación» y «consideración de todos los argumentos» del discurso jurídico racional.

[26] GARGARELLA toma en este punto las palabras de Cecile FABRE: «En su libro sobre derechos sociales, Cecile Fabre enumera algunas posibilidades al respecto donde, desde su punto de vista, los tribunales pueden por ejemplo: *a)* determinar que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos;

bunal puede lograr que tanto en el marco de su esfera como en el marco de los órganos representativos se llegue a decisiones legítimas, sin que esto implique violaciones de derechos, gracias a la garantía de «imparcialidad» obtenida por la participación plena y la deliberación robusta.

3.2. Valoración de la teoría de la «justicia dialógica»

Como vemos, esta teoría es hija de la de NINO y en buena medida la ha continuado y refinado. Sin embargo, en lo que refiere a la concepción de los derechos sociales, entendemos que no logra superar las tres críticas señaladas.

Así, en primer lugar, puede vislumbrarse que persiste el desacople entre el *nivel de justificación* y el *nivel de la determinación del alcance* de los derechos sociales fundamentales. En efecto, esta teoría admite la «igual fundamentabilidad» de los derechos sociales en el sistema constitucional (R. GARGARELLA, 1998: 14). No obstante, no parece permeable a aceptar su aplicación directa por parte de la judicatura en caso de violación a los mismos. Antes bien, espera que el poder judicial sea un «impulsor» de la revisión razonada de las medidas *prima facie* violatorias de derechos, por parte de órganos representativos. El presupuesto que subyace a esta postura parece ser, al igual que en NINO, un escepticismo en relación con la posibilidad de definir judicialmente el contenido de los derechos y, por tanto, de justificar posiciones jurídicas de derecho fundamental[27]. Sin embargo, ello no parece resultar una reconstrucción verosímil de

---

b) establecer que un derecho constitucional ha sido violado y pedirle al Estado que provea el remedio necesario: 1) sin especificar cómo y sin fijar un periodo límite, o 2) sin especificar cómo, pero demandando que se efectivice en un periodo determinado; *c)* establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo» (GARGARELLA, 2007: 395). *Vid.* también en este mismo sentido: ETCHICHURY, 2013: 286-291. Queda la pregunta abierta de cuál debe ser la actitud del juez cuando sólo existe un medio suficiente y necesario para impedir la violación al derecho de prestación. *Vid.* en este sentido la «tesis de la alternatividad» de ALEXY (ALEXY, 2011) y la profundización de CLÉRICO en ese sentido (CLÉRICO, 2011).

[27] Como ya se marcó en una cita anterior, GARGARELLA entiende que aceptar que los jueces tengan la última palabra en relación a un asunto constitucional implica asumir, al mismo tiempo, que un grupo minoritario de personas «impongan sus propias opiniones» al conjunto de la sociedad (GARGARELLA, 2007: 402). Si esto es necesariamente así, es decir: que los jueces pueden «imponer» su «propia opinión», entonces se está presuponiendo que no es posible alcanzar una racionalidad intersubjetiva decisoria basada en las razones que la apoyan (al menos en asuntos constitucionales donde existan «desacuerdos razonables»). Sin embargo, las contemporáneas reconstrucciones de metodología jurídica basadas en las teorías de la argumentación, por un lado, y el análisis estructural de los principios jurídicos y del argumento de la ponderación, por el otro, parecen dar razones de peso para desestimar dicho escepticismo como una reconstrucción que refleje teóricamente lo que sucede en la práctica jurídica. Uno de los autores que ubicamos dentro de la teoría de la «justicia dialógica» es ETCHICHURY. Éste último autor sí se propone dar cuenta de este aspecto metodológico. Reconoce que en algunos supuestos puede aceptarse la declaración de inconstitucionalidad de manera directa por parte de la judicatura. Estos supuestos estarían signados por la aparición de «casos fáciles» (ETCHICHURY, 2013: 153) o, para el caso de «desacuerdos razonables», por la no superación del examen de razonabilidad por parte de la medida estatal analizada (ETCHICHURY, 2013: 182). Dejando de lado los «casos fáciles», su reconstrucción se limita a mencionar que el examen de razonabilidad implica justificar relaciones de coherencia entre la medida estatal y los derechos constitucionales. Pese a ello la pregunta metodológica persiste, esto es: ¿a través de qué pasos argumentativos se arriba a la definición de tal relación de coherencia? En este sentido, podría ser a través de una relación de proporcionalidad, como propone ALEXY; a través del examen de igualdad y goce efectivos de los derechos, como propone ARANGO; o a través de la combinación de estos exámenes mencionados, como proponen CLÉRICO y ALDAO. Por nuestra parte, creemos que la definición de una relación coherente entre

cómo funciona la práctica jurídica, al menos teniendo en cuenta los actuales desarrollos dentro de la teoría general del derecho.

En segundo lugar, parece persistir una diferencia procesal y metodológica injustificada. Si bien, esta teoría considera que las «reglas dialógicas» deben aplicarse a cualquier clase de disposición normativa que resulte indeterminada (no sólo una disposición de derecho social fundamental) (R. GARGARELLA, 1998: 15), lo cierto es que dicha discusión sólo aparece en investigaciones referidas a derechos sociales y no referidas a otros derechos. Es probable, por ejemplo, que la misma teoría considere justificada la intervención judicial directa en caso de violación a otros derechos fundamentales, como el caso de la prohibición de esclavitud, la libertad de expresión o derecho a la igualdad[28].En este sentido, insistimos, quedan abiertos los interrogantes respecto a las diferencias conceptuales relevantes que justificarían una aplicación procesal y metodológica distinta de los derechos sociales fundamentales.

Por último, la teoría de la «justicia dialógica» también parece disolver la tensión entre los principios formales y los principios materiales ligados al Estado social contenidos en las Constituciones de los Estados constitucionales de derecho. Al mostrarse la teoría, en cierto modo, reticente a la intervención judicial sobre las decisiones de los órganos representativos, continúa dándole una precedencia incondicionada en abstracto al principio democrático por sobre otros principios colisionantes. En este sentido, persisten los ya mencionados problemas normativo y conceptual. El problema normativo está dado porque el hecho de que tal precedencia definitiva no parece poder justificarse jurídicamente en tales sistemas. El problema conceptual está dado por el hecho de que si los principios formales tienen una precedencia definitiva en todas las situaciones posibles, entonces la determinación del alcance de los derechos sociales seguirá quedando en manos de las decisiones políticas, lo cual implica la pérdida del carácter «fundamental» de tales derechos.

Siendo así, la teoría de la «justicia dialógica», si bien ha refinado la concepción de NINO, al menos respecto a las discusiones que provienen en relación con las tensiones entre la democracia deliberativa y el control de constitucionalidad, sufre de los mismos déficits que habíamos identificado en el *nivel de la determinación de alcance* de los derechos sociales. Nuestra hipótesis es que ello se debe a que esta teoría se ha detenido, casi con exclusividad, en las discusiones de tipo institucionalistas y no ha profundizado en una línea de investigación metodológica que reconstruya los recorridos argumentativos que permiten justificar el contenido y alcance de dichos derechos.

En este sentido, los aportes procedimentales que la teoría de la «justicia dialógica» realiza deben ser complementados con una investigación metodológica, por varios motivos. En primer lugar, porque aquella línea de investigación presupone a ésta. Así, para que un juez haga un llamado a una audiencia pública o aplique la técnica del

---

normas constitucionales presupone a éstos exámenes. Precisamente, la hipótesis central de este trabajo es que es la explicitación de este presupuesto es la línea de investigación que, de complementarse con lo hasta aquí desarrollado por el estado de la cuestión, despejaría ciertas dudas respecto a la racionalidad de la definición del contenido de los derechos sociales y, en su caso, de la legitimidad judicial para establecerlo.

[28] *Vid.,* por ejemplo, los trabajos de GARGARELLA referidos a protesta y libertad de expresión o matrimonio igualitario en Argentina, en los cuales su posición se acerca mucho más a la concepción que R. DWORKIN tiene sobre los principios jurídicos y la interpretación constructiva (GARGARELLA, 2005: cap. 1, y 2010: 125).

reenvío, previamente debe haber detectado una violación de derechos. Dicho de otro modo, un juez que reabra la discusión debe aportar una justificación al respecto y esa justificación estará basada en una argumentación de derecho fundamental[29]. Si reconocemos que la estructura de argumentación considerada válida por la práctica en materia de aplicación de derechos fundamentales es el principio de proporcionalidad (R. ALEXY, 2008: 91)[30] (para el caso de los derechos sociales fundamentales en su versión de prohibición de omisión o insuficiencia)[31] entonces esto implicaría una necesaria conexión entre la teoría de NINO y sus continuadores con la teoría de ALEXY. En segundo lugar, porque la aplicación directa de un derecho social por parte de un tribunal para un caso individual no implica conceptualmente un impedimento para el debate público formal o informal ni un obstáculo para el desarrollo de una potencial política pública estructural. En tercer lugar, porque tanto la teoría de NINO como la de «justicia dialógica», parecen tener una concepción no lo suficientemente compleja del acoplamiento entre la democracia y las instituciones del Estado social, contra la que se pueden elevar al menos dos objeciones. Por un lado, la defensa del papel de las legislaturas supone que éstas ejercen un rol prominente en el desarrollo de las políticas públicas destinadas a garantizar los derechos sociales. Esta suposición, que en los años en que escribía NINO podía resultar plausible, se ve hoy fuertemente cuestionada por la preponderancia que tienen las agencias especializadas que dependen del poder ejecutivo en materia de políticas sociales. En este sentido debe recalcarse que, en materia de derechos sociales, el juez rara vez evalúa la constitucionalidad del resultado de un proceso de deliberación legislativa. Por el contrario, se trata usualmente de decisiones tomadas por el personal técnico[32] de las agencias específicamente destinadas a planear y gestionar estas políticas públicas, a las que no podemos atribuir el mismo nivel de legitimidad democrática que sí le reconoceríamos al procedimiento parlamentario. Por otro lado, estas perspectivas parecen dar por sentado que todos los ciudadanos se encuentran parejamente representados en las instancias legislativas, obturando el hecho de que, en los contextos de fuerte desigualdad estructural, de los cuales surgen este tipo de demandas, quienes reclaman la revisión judicial de las políticas sociales no poseen, ya sea por cuestiones materiales o culturales, el mismo «peso político» que el resto de los ciudadanos, y por eso se los denomina grupos desaventajados o subrepresentados. En este sentido, autores como OLSON han remarcado el acceso deficitario a las instancias de decisión política de los sectores más empobrecidos de la sociedad[33].

---

[29] Uno de los arbitrajes anónimos a este trabajo ha objetado que esta afirmación puede sufrir de una cierta circularidad, «pues si para autorizar la intervención del poder judicial se requiere que se haga un examen de proporcionalidad previo del que resulte un mandato definitivo, la cuestión es quién hace el examen de proporcionalidad sino el poder judicial». Sin embargo, consideramos que la mentada circularidad se desvanece si aceptamos la distinción analítica entre el «punto de vista externo» y el «punto de vista del participante» o, como diría MACCORMICK, entre el «contexto de descubrimiento» y el «contexto de justificación». Pues, del hecho que sea el propio poder judicial el que haga el examen no dice nada respecto a la justificación de sus argumentos.

[30] *Vid.* también, C. BERNAL PULIDO, 2003, y L. CLÉRICO, 2001.

[31] L. CLÉRICO, 2001: cap. IV, y 2011: 385-428.

[32] Cuya selección y nombramiento es, en términos de publicidad y controles, menos accesible aún a la ciudadanía que aquel por el cual se designan magistrados.

[33] K. OLSON, 2007: 330-343. Otras autoras, como N. FRASER o I. YOUNG, han puesto en cuestión también la posibilidad de reducir el diálogo democrático en sociedades heterogéneas como las nuestras a una comprensión del espacio público-político que, tributaria de la Ilustración, al poner en suspenso las diferencias entre los individuos termina por reforzarlas y cristalizarlas. En este sentido la democracia representativa es evidentemen-

Quizá, una buena manera de complementar a estas teorías con aquellas líneas de investigación de tipo metodológicas sea autorizando la intervención judicial de manera directa en aquellos casos donde el examen de proporcionalidad otorgue un mandato definitivo y dejar abierta la posibilidad de canales de intervención «intermedios», como los propuesto por la «teoría dialógica», para aquellos casos donde el examen de proporcionalidad otorgue más de una respuesta justificada. O, inclusive, ambos tipos de medidas podrían darse en simultáneo, puesto que una resolución individual no cancela la posibilidad de exigir también una solución estructural; de hecho, los casos T-760/08 sobre derecho a la salud de la Corte Constitucional colombiana[34] o el caso «Quisberth Castro» sobre derecho a la vivienda de la Corte Suprema argentina[35], son ejemplos paradigmáticos de que los jueces pueden no sólo invalidar la medida en concreto sino que, también, hacer un llamado (en forma de diálogo interinstitucional) a los poderes representativos para la concreción de una solución integral.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos reconstruido la concepción de la teoría de Carlos S. NINO respecto a los derechos sociales fundamentales. Sostuvimos que para su comprensión, resulta necesario distinguir entre el *nivel de la fundamentación de los derechos sociales* y el *nivel de la determinación de su alcance*. En este sentido, NINO se ha mostrado mucho más enfático en el reconocimiento de los derechos sociales en el primer nivel que en el segundo. Esto expone a su teoría a tres críticas específicas: *a)* una inconsistencia o desacople entre el *nivel de la fundamentación* de los derechos sociales y el *nivel de la determinación del alcance* de los mismos; *b)* una falta de una diferenciación conceptual relevante que justifique un trato procesal y metodológico especial para los derechos sociales, y *c)* una disolución injustificada de la tensión inmanente a los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales dada entre los principios formales y los principios materiales ligados al Estado social.

A su vez, también hemos expuesto una teoría que continua a la teoría de NINO en lo que respecta a la *determinación del alcance* de los derechos: la teoría de la «justicia dialógica». Concluimos que esta teoría, si bien refina a la teoría de NINO, no supera las tres críticas ya señaladas. Nuestra hipótesis es que la persistencia de tales déficits está relacionada con que esta última teoría se ha detenido exclusivamente en las discusiones en torno a la relación entre derechos y democracia y no en el desarrollo de una línea de investigación metodológica. Lo que implica que tanto la teoría de NINO como la de la «justicia dialógica» requieran de ser complementadas con una teoría que reconstruya los recorridos argumentativos que determinan el contenido y alcance de los derechos sociales fundamentales. Esto trazaría vínculos necesarios entre éstas teorías y la teoría de ALEXY[36] y abriría nuevas líneas de investigación necesarias en ese sentido.

---

te un piso para la construcción de una sociedad democrática e igualitaria, pero de ningún modo puede ser vista como la vía exclusiva y excluyente de participación de todos los ciudadanos. *Vid.* N. FRASER, 1997; I. YOUNG, 1989; M. ALDAO, 2011: 467-484.

[34] En este sentido, *vid.* PARRA VERA y YAMIN, 2013.

[35] *http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5878*.

[36] Quizá, una línea de investigación más específica dentro de esta última es aquélla que distingue la práctica jurídica en relación a derechos sociales por parte de aquellas sociedades donde existe pobreza extrema

5. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid: Trotta.

ALDAO, M., 2011: «La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales», en G. BEADE y L. CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 467-484.

ALEXY, R., 2006: «La Fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino», en *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 26, Alicante: Universidad de Alicante, 5-65.

— 2008: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2011: «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad», en G. BEADE y L. CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 349-384.

ARANGO, R., 2005: *El concepto de los derechos sociales fundamentales,* Bogotá: Legis.

— 2013: «Constitucionalismo social latinoamericano», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de Derecho a la Salud,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BERNAL PULIDO, C., 2003: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2004: «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Átria», en *Revista Discusiones,* núm. 4, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

CLÉRICO, L., 2001: «Die Struktur der Verhältnismässigkeit», Baden-Baden: Nomos (versión en castellano: L. CLÉRICO, «El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional», Buenos Aires: Eudeba, 2009).

— 2011: «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad», en G. BEADE y L. CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 385-428.

CLÉRICO, L., y ALDAO, M, 2013: «El derecho a la salud y las estrategias argumentativas: el encastre (subsunción) y las similitudes y diferencias (comparación de casos)», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1003-1018.

DE FAZIO, F., 2013: «Los derechos sociales fundamentales como desafío para la teoría general del derecho», Tesis de Maestría en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires.

ELY, J., 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review,* Harvard University Press, Cambridge.

ETCHICHURY, H, 2011: «Poder Judicial, Democracia y Derechos Sociales», en *Revista Electrónica del Instituto de investigaciones «Ambrosio L. Gioja»,* núm. 7, Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

---

o desigualdad estructural. En este sentido, un camino a explorar es aquel propuesto por ARANGO, mediante la distinción analítica entre «sociedades bien ordenadas» y «sociedades no bien ordenadas». Según el citado autor, en éstas últimas los derechos sociales tienden a tener más peso en la argumentación que los derechos de libertad o los principios formales (ARANGO, 2012: 204). Otro camino emparentado, y ya adentrándose concretamente en el examen de proporcionalidad, es la noción de «interpretación progresiva» de la ley de ponderación propuesta por CLÉRICO, la cual supone una inversión de las precedencias *prima facie* y de las cargas de la argumentación (CLÉRICO, 2001: 168)

— 2013: *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la constitución argentina,* Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

FRASER, N., 1997: «Pensando una nueva esfera pública», en *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición post-socialista,* Bogotá: Siglo del Hombre.

GARGARELLA, R., 1995: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial,* Barcelona: Ariel.

— 1998: «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», en *Jueces para la democracia,* núm. 31, 11-15.

— 2005: *El derecho a la protesta. El primer derecho,* Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

— 2007: «¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?», en R. ARANGO, *Filosofía de la Democracia,* Bogotá: Siglo del Hombre, 177-408.

— 2008a: «Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático», en R. GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional,* t. II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 965-969.

— 2008b: «Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Carlos Nino», en M. ALEGRE, R. GARGARELLA y C. ROSENKRATZ, *Homenaje a Carlos S. Nino,* Buenos Aires: La Ley, 203-217.

— 2010 «Matrimonio igualitario y diversidad sexual: el peso del argumento igualitario», en M. ALDAO y L. CLÉRICO, *Matrimonio igualitario en Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas,* Buenos Aires: Eudeba, 125-138.

— 2013: «Justicia Dialógica y derechos de salud», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 85-99.

HÄBERLE, P., 2008: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución», en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho,* núm. 11, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 29-61.

HABERMAS, J., 1999: «Tres modelos normativos de democracia», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política,* Barcelona: Paidós.

— 2010: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Madrid: Trotta.

HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., 2011: *El costo de los derechos. ¿Por qué la libertad depende de los impuestos?,* Buenos Aires: Siglo XXI.

MAURINO, G., «Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal», en R. GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional,* t. II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 875-910.

MONTERO, J., 2008: «¿Cómo judicializar los derechos económicos y sociales en una democracia deliberativa?», en M. ALEGRE, R. GARGARELLA y C. ROSENKRATZ, *Homenaje a Carlos S. Nino,* Buenos Aires: La Ley, 399-410.

NINO, C., 1989: *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación,* Buenos Aires: Astrea.

— 1992: *Fundamentos de derecho constitucional,* Buenos Aires: Astrea.

— 1997: *La Constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona: Gedisa.

— 2013a: «Sobre los derechos sociales», en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender las libertades,* Buenos Aires: Siglo XXI.

OLIVER LALANA, D., 2005: «Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica», en *Anuario,* Montevideo: Área socio-jurídica: Facultad de Derecho, Universidad de la República, núm. 2, 105-120.

— 2014: «Wie man den Gesetzgeber zu Rationalität zwingen kann?», ponencia presentada el 14 de octubre de 2014 en *Foruschungseminar Retchphilosophie: Argumentation, Menscherechte, Demokratie,* a cargo del Prof. Dr. iur. Jan-R. SIECKMANN, Friedrich-Alexander Universität zu Erlangen.

OLSON, K., 2007: «Paradoxes of Constitutional Democracy», en *American Journal of Political Science,* vol. 51, núm. 2, 330-343.

PARRA VERA, O., y YAMIN, A., 2013: «La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica», en L. CLÉRICO, L. RONCONI y M. ALDAO, *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2591-2649.

PISARELLO, G., 2007: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Madrid: Trotta.

SIECKMANN, J., 2006: *El modelo de los principios en el derecho,* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

— 2008: «El concepto de Autonomía», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 31, Alicante: Universidad de Alicante.

— 2012: *The Logic of Autonomy,* Oxford: Hart Publishing.

YOUNG, I., 1989*:* «Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship», *Ethics,* 99(2), 250-274.

ZAGREBELSKY, G., 2009: *El derecho dúctil,* Madrid: Trotta.

— 2014: *La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional,* Madrid: Trotta.

PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y RELACIONES SISTEMÁTICAS*

Juan Luis Moreno**
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. Este artículo hace un examen formal del razonamiento jurídico con principios implícitos desde el positivismo lógico y partiendo de los trabajos de ALONSO en la materia. A la vista de las tesis de la separación fuerte y débil entre principios y reglas y de las diferencias entre norma y proposición normativa, se presentan problemas para considerar que las consecuencias lógicas que ALONSO denomina *principios implícitos* son principios. Como correlación caso-solución carecen de la nota de generalidad y como relaciones de preferencia son sólo proposiciones normativas que derivan de aplicar un criterio de preferencia al sistema normativo. En su caso, el criterio de preferencia podría considerarse un principio implícito, pero al ser una proposición normativa surgen problemas de juridicidad, justificación y coherencia del principio.

Palabras clave: Principios implícitos, normas, proposiciones normativas, lógica de preferencias.

Implicit Principles and Systematics Relations

ABSTRACT. This paper reviews legal reasoning with implicit principles from the formal perspective of the logical legal positivism and taking as starting point the works by ALONSO on the subject. In view of the strong and weak demarcation thesis between principles and rules and the differences between norms and norm-propositions, it concludes that the logical consequences considered *implicit principles* by ALONSO are not principles. As case-solution correlation they lack the required note of generality and as preference relations they are only norm-propositions derived from the application of a preference criterion to the normative system. If any, the preference criterion could be understood as the implicit principle, however, in so far as the criterion is a norm-proposition, certain concerns arise as to the legal character of the principle, its justification and coherence.

Keywords: Implicit principles, norms, norm-propositions, preference logic.

* Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 9 de marzo de 2015.

** El autor agradece los comentarios de Juan Pablo ALONSO y Gabriela SCATAGLINI y, muy especialmente, la constante ayuda, sugerencias y ánimos de Miranda DEL CORRAL. Este trabajo se incardina dentro del proyectos DeCyT DCT1403 sobre principios jurídicos implícitos.

1. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo xx, el positivismo jurídico ha tratado con gran atención la aplicación de la lógica al derecho y el papel de los principios en los sistemas jurídicos. Aunque el debate sobre la aplicación de la lógica al derecho ya se había planteado en épocas pasadas[1], en su versión moderna se inició con la publicación en 1951 del artículo «Deontic Logic» de VON WRIGHT y fue impulsado por trabajos de ROSS (*Directives and Norms*), del propio VON WRIGHT (*Norm and Action*) o de ALCHOURRÓN y BULYGIN (*Normative Systems*)[2]. Este debate sigue vivo, como manifiesta la reciente aparición de la obra *Deontic Logic and Legal Systems* de NAVARRO y RODRÍGUEZ[3]. Algo parecido sucede con el debate en la Filosofía del derecho sobre el papel de los principios en los sistemas jurídicos y su uso en la argumentación jurídica. La cuestión ya atrajo interés de los teóricos del derecho en épocas cercanas a la codificación[4], pero el punto de partida del debate moderno sobre los principios se sitúa en 1967 con la aparición del artículo de DWORKIN «The Model of Rules» posteriormente incluido en el libro *Taking Rights Seriously*[5], momento desde el cual se ha dedicado una atención creciente al tema.

Estas dos grandes áreas de debate no han permanecido aisladas. Teóricos como RAZ[6], ALEXY[7] o AARNIO[8] han apelado a la lógica en mayor o menor medida para tratar los principios jurídicos y su diferencia con las reglas. Entre los autores hispanohablantes, Juan Pablo ALONSO ha prestado particular atención al análisis lógico de los principios implícitos desde una concepción positivista[9]. ALONSO emplea el sistema de lógica deóntica desarrollado por ALCHOURRÓN y BULYGIN y el concepto de coherencia de MACCORMICK como adecuación de un sistema normativo a uno o varios principios[10]. La combinación de ambas posturas permite a ALONSO, mediante un elegante procedimiento, extraer de un sistema normativo consecuencias lógicas que son formuladas bien como normas de mandato entendidas como enunciados que conectan un caso genérico con una solución normativa, o bien como relaciones que explicitan el orden de preferencia de las soluciones normativas del sistema según sus propiedades relevantes. Las relaciones de preferencia se emplean para crear diagramas gráficos que presentan con claridad las relaciones entre normas y para evaluar la coherencia del sistema y sugerir correcciones a problemas lógicos del sistema como lagunas normativas y antinomias.

La intención de este trabajo es señalar que las consecuencias lógicas y relaciones enunciadas por ALONSO no presentan las características distintivas de los principios jurídicos, por lo que dentro de los planteamientos empleados por ALONSO existirían

---

[1] *Vid.* HAACK, 2007: 1-3.
[2] VON WRIGHT, 1963; ROSS, 1968, y ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974. Para una revisión histórica de la aplicación de la lógica al derecho, *vid.* HAACK, 2007: 9-14.
[3] NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2014.
[4] PRIETO SANCHÍS, 1992: 17-20; ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 1-6.
[5] DWORKIN, 1978.
[6] RAZ, 1972.
[7] ALEXY, 1989, 1993, y 2000.
[8] AARNIO, 2011.
[9] *Vid.* ALONSO, 1995, 2012 y 2013.
[10] ALONSO, 2013: 357.

dificultades para considerarlas principios jurídicos implícitos del sistema. Para ello, como punto de partida expondré en el apartado siguiente las características que se han atribuido a los principios jurídicos desde las dos grandes posturas acerca de su naturaleza, esto es, las tesis de la separación fuerte y débil. Después examinaré en el apartado 3 las características particulares que se atribuye a los principios implícitos como subgénero de los principios, para lo cual expondré la distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje a la que acudiré repetidas veces en la exposición. Una vez examinados estos conceptos, expondré brevemente en el apartado 4 los trabajos de ALONSO y comprobaré si las características diferenciales de los principios jurídicos están presentes en las consecuencias lógicas y relaciones que enuncia, separando entre generalidad en el apartado 5 y peso en el apartado 6. En la medida que, como anticipé, no es posible hallar tales características, en el apartado 8 propondré una interpretación diferente que afecta a las relaciones entre normas enunciadas, analizaré algunas consecuencias de la propuesta en el apartado 9 y elaboraré las conclusiones en el apartado 10. Por último, el apartado 11 incluye un anexo que explicita las relaciones entre normas en los sistemas normativos analizados por ALONSO.

2. EL PESO Y LA GENERALIDAD DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Las teorías que analizan las diferencias entre reglas y principios jurídicos se dividen en la tesis de la diferenciación fuerte, lógica o estricta y la de la separación débil[11]. La tesis de la separación fuerte fue la primera en surgir. Su formulación original se debe a DWORKIN, quien en su trabajo «The Model of Rules»[12] consideró que los principios y las reglas son clases diferentes de normas y que entre ambas se puede trazar una distinción tajante de carácter lógico contraponiendo sus características respectivas y sus usos en la práctica y razonamiento jurídicos. Según la tesis de la separación fuerte: i) los principios presentan una característica inconmensurable denominada generalidad, peso, vaguedad o apertura, que no existe en las normas; ii) los principios y las reglas colisionan entre sí de diferente forma; iii) principios y reglas tienen diferentes usos en la argumentación jurídica, y iv) principios y reglas tienen también diferente consideración como razones para la acción[13]. De estos criterios, me centraré fundamentalmente en el análisis de la característica de peso, vaguedad, apertura o generalidad, puesto que será la característica que se usará para analizar los trabajos de ALONSO. Esta característica ha sido examinada desde dos perspectivas diferentes. La primera considera que la característica se manifiesta en la mayor generalidad o apertura que tienen los principios frente a las reglas al configurar las condiciones de aplicación o las conductas exigidas por el principio. La segunda considera que esa característica es más evanescente y la trata como una dimensión de peso o importancia de la que las reglas carecen.

Cuando se entiende como generalidad o apertura, la característica diferencial de los principios jurídicos se relaciona unas veces con las condiciones de aplicación del principio y otras con las conductas que exige. Por ejemplo, DWORKIN la refirió a las

[11] *Vid.* PRIETO SANCHÍS, 1992: 32-64, y ALONSO, 2006: 164-178.
[12] *Vid.* nota 5 anterior.
[13] Unos criterios similares se mencionan en AARNIO, 1997: 23-24, y 2011: 120.

condiciones de aplicación[14] y RAZ a las acciones prescritas, que serían altamente genéricas[15]. Los trabajos de ALEXY sobre teoría de la argumentación aludían a la generalidad de los principios como falta de concreción de las condiciones de aplicación[16] y en la doctrina latina, ATIENZA y RUIZ MANERO han distinguido dos subclases dentro de los principios (principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas)[17], ambas definidas por su generalidad: los principios en sentido estricto configuran el caso de forma abierta con propiedades relevantes que no están «siquiera genéricamente determinadas», y las directrices «configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito»[18].

En la segunda perspectiva, la característica diferencial entendida como peso se vincula a la colisión entre principios. Según DWORKIN, el peso era usado para resolver las colisiones entre principios. La presencia del peso en los principios permitía que el principio de mayor peso desplazara al de menor sin que ninguno de ellos fuera expulsado del sistema. Por el contrario, las normas carecían de dimensión de peso, por lo que se aplicaban todo-o-nada y en caso de conflicto no podían coexistir en el sistema, por tanto una expulsaba a la otra[19].

Posteriormente ALEXY aclaró el tratamiento lógico del peso. Para ALEXY los principios jurídicos son mandatos de optimización[20], es decir, normas «que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes», por lo que «pueden cumplirse en diferentes grados» frente a las reglas, que sólo pueden ser cumplidas o no. ALEXY ha propuesto tratar el peso de los principios como una preferencia entre diferentes estados ideales del mundo y aplicar la lógica de preferencias sobre soluciones normativas[21]. Esta solución ha sido también aceptada por AARNIO[22] y NAVARRO y RODRÍGUEZ[23], de modo que siguiendo a estos tres autores consideraré que el tratamiento lógico del peso es posible si se acude a la lógica de preferencias, pero que no sería posible mediante la correlación caso-solución.

---

[14] *«A principle like "No man may profit from his own wrong" does not even purport to set out conditions that make its application necessary»,* DWORKIN, 1978: 26.

[15] RAZ, 1972: 828 y 838. Pese a mantener la distinción lógica entre principios y normas, RAZ reconoce que es difícil trazar un límite claro puesto que se trata de una diferencia de grado que permite muchas zonas grises (838). De hecho, en atención a sus trabajos sobre razón práctica y normas, AARNIO incardina a RAZ dentro de la tesis de la separación débil (*vid.* AARNIO, 2011: 120). Es también característico de la concepción de los principios sostenida por RAZ el no considerar que las alusiones resumidas a varias normas sean principios, sino meras formas de enunciación abreviada y entender que los principios pueden justificar normas pero las normas no pueden justificar principios (828 y 839).

[16] *«Principles are normative propositions of such a high level of generality that they can as a rule not be applied without the addition of further normative premisses and are usually subject to limitation on account of other principles»,* ALEXY, 1989: 260. La misma idea aparece en la nota 81 en p. 243.

[17] ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 5 y ss. AARNIO también se realiza una división adicional entre principios, principios como reglas, reglas como principios y reglas (AARNIO, 1997, y 2011: 121-123).

[18] ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 9-11.

[19] DWORKIN, 1978: 22-26.

[20] ATIENZA y RUIZ MANERO aplican esta descripción a la forma en que operan las directrices. *Vid.* ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 11.

[21] ALEXY, 1993: 86-87 y 90-98, y 2000: 195, 299 y 300. También en esta línea, PECZENIK, 1992.

[22] AARNIO, 2011: 123.

[23] NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2014: 194-195. Como alternativa, PRIETO relaciona la idea de peso con el criterio de especialidad. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, 1992: 43.

La tesis de la separación estricta ha sido criticada alegando que ofrece una diferencia más aparente que real no verificada en la práctica. Como alternativa se ha propuesto la tesis de la separación débil, según la cual entre principios y normas no existe una separación de carácter lógico, sino que hay sólo una relación de grado que se manifiesta al contraponer diferentes normas y configurar unas de ellas como principios y otras como reglas. En cualquier caso, los autores que postulan la separación débil aluden a los mismos conceptos de generalidad y peso. COMANDUCCI considera que al contraponer diferentes normas unas se configurarán como principios y otras como reglas según cual de las contrapuestas presente en mayor medida la dimensión inconmensurable de apertura o peso[24]. AARNIO sostiene que, en las actividades de los operadores jurídicos, a los principios les corresponde el peso y ponderación[25], peso expresado como se dijo mediante lógica de preferencias[26]. PRIETO alude a la apertura de la condición de aplicación entre las normas que se comparen[27] y, por último, ALCHOURRÓN y BULYGIN apelan al mayor grado de generalidad de los principios, aunque no tratan específicamente las diferencias entre principios y reglas[28].

En conclusión, la característica distintiva de los principios frente a las reglas se puede entender como mayor generalidad o como presencia de peso. Si se entiende como generalidad, esta característica se vincula a la configuración abierta de las condiciones de aplicación o de las conductas exigidas por una norma, lo que para aproximar esta generalidad a la nomenclatura de ALCHOURRÓN y BULYGIN que sigue ALONSO se podría representar como configuración de las propiedades del caso, lo cual en la terminología del *Normative Systems* equivale a decir que un principio configura un caso menos fino que la regla frente a la que se contrapone para calificarse como principio[29]. Si se entiende como peso, la característica diferencial significaría que los principios expresan una preferencia entre dos estados ideales del mundo que se representaría mediante la lógica de preferencias siguiendo a ALEXY, AARNIO o RODRÍGUEZ y NAVARRO.

3. LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS

Además de las características propias de los principios frente a las reglas, la doctrina atribuye a los principios implícitos ciertas características particulares que será preciso tener en cuenta para examinar los trabajos de ALONSO. Para exponer tales peculiaridades me apoyaré en la exposición de los principios implícitos que realiza PRIETO por ser particularmente clara.

PRIETO trata los principios implícitos como un subtipo de principios jurídicos. Con apoyo en las clasificaciones de WROBLEWSKI y GUASTINI, divide los principios jurídicos en tres categorías según su respaldo institucional: principios explícitos, prin-

---

[24] COMANDUCCI, 1998: 93-95.

[25] AARNIO, 2011: 119-124.

[26] *Ibid.,* 123. Esta postura se asemeja a la sostenida por RAZ en 1972, aunque RAZ alude expresamente a la existencia de una distinción lógica.

[27] PRIETO SANCHÍS, 1992: 39 y 56-57.

[28] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 140-141.

[29] *Ibid.,* 140-141 y 148-152.

cipios implícitos y principios extrasistémicos[30]. De estas categorías, considera que principios los explícitos son aquellos que están plasmados expresamente en el derecho positivo; los implícitos o inexpresos pero implícitos son aquellos que pueden extraerse de un sistema normativo mediante inducción o deducción seguida de inducción[31]; y, por último, los principios extrasistémicos o totalmente inexpresos son aquellos tienen un origen doctrinal más que jurisprudencial y una elaboración mucho más compleja que descansa en una argumentación con base política o moral[32].

En todo caso, PRIETO hace una reflexión de gran importancia para analizar los principios implícitos desde un punto de vista formal. Este autor reconoce que la distinción entre principios extrasistémicos y principios implícitos tiene fronteras poco nítidas porque los principios implícitos también tendrían un aspecto de elaboración por el intérprete que los desarrolla, en tanto que la selección de los aspectos relevantes para la inducción de principios implícitos conllevaría necesariamente «elecciones u opciones valorativas», es decir, «ingredientes extrasistemáticos»[33]. Una reflexión parecida hacen ATIENZA y RUIZ MANERO, para los cuales los principios implícitos están también conectados con la prevalencia encubierta en el ordenamiento jurídico de intereses o valores[34].

La mención a ingredientes extrasistemáticos o extrasistémicos se puede examinar con apoyo en la distinción lógica entre lenguaje objeto y metalenguaje, que se relaciona en lógica deóntica con la distinción entre normas y proposiciones normativas. Siguiendo a ALCHOURRÓN y BULYGIN, «[l]as normas son enunciados *prescriptivos* que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas. Las proposiciones normativas son enunciados *descriptivos* que se usan para informar *acerca de* las normas o *acerca de* las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas». De esta manera, cuando se enuncia una proposición sobre un sistema, «en lugar de formular una norma, enunciamos una proposición normativa; el enunciado que expresa esta proposición pertenece a un nivel lingüístico distinto que los enunciados (que expresan normas) del sistema»[35].

Cuando PRIETO o ATIENZA y RUIZ MANERO aluden a que los principios implícitos incorporan algún tipo de valor como elemento extrasistémico, parecen asumir que la argumentación sobre principios implícitos se sitúa en un nivel superior del discurso. Las normas de un sistema normativo pertenecen al lenguaje objeto y son enunciados prescriptivos de acciones. Sin embargo, al incorporar un elemento extrasistémico para realizar una elaboración sobre las normas del sistema, la elaboración producirá pro-

---

[30] PRIETO SANCHÍS, 1992: 134.

[31] *Ibid.* Los principios implícitos se extraen por inducción «a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio. En cierto modo, cabe pensar que estamos ante lo que Alchourrón y Bulygin han llamado la reformulación del sistema». Los principios se extraen por deducción seguida de inducción a partir de principios más generales «o inductivamente a partir de una serie de preceptos» supuestamente confirmadores de su existencia. En este último caso se trataría de principios «reconocidos por la doctrina y aplicados por los operadores jurídicos» pero «no [...] expresamente recogidos en ninguna disposición».

[32] ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 18-19.

[33] PRIETO SANCHÍS, 1992: 141-143.

[34] ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 18-19.

[35] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 173.

posiciones normativas, esto es, enunciados descriptivos de las normas del sistema que pertenecen a un nivel superior del lenguaje y carecen de carácter prescriptivo.

La aceptación de elementos extrasistémicos en la argumentación jurídica plantea dos problemas. En primer lugar, para que las elaboraciones con base en elementos extrasistémicos sean principios deberán ser normas y tener generalidad o peso. Sin embargo, las elaboraciones con base en elementos extrasistémicos son proposiciones normativas, pertenecen a un nivel diferente del lenguaje al de las normas del sistema y no pueden contraponerse a las reglas del sistema para calificarse como principios en atención a su generalidad o peso. Por otro lado, al considerar que los principios son proposiciones normativas, los principios no pertenecerán a un sistema, por lo que no serán principios implícitos del sistema ni principios jurídicos, puesto que las proposiciones normativas no son prescriptivas.

4. EL TRATAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS POR ALONSO

Para exponer su concepción lógico-positiva de los principios implícitos, ALONSO ha acudido a diversos ejemplos del derecho privado. Entre ellos, ha empleado: i) el sistema que establece el régimen de reintegro de gastos tras la restitución de la posesión de inmuebles a su titular según los arts. 453 a 455 del Código Civil español y que denominaré S1 en lo sucesivo[36]; ii) el sistema que contiene el régimen de la reivindicación de inmuebles propiedad de tercero en el anteproyecto de Código Civil brasileño elaborado por FREITAS al que denominaré S2, y iii) el sistema que regula el mismo régimen de reivindicación en el Código Civil argentino vigente hasta 2016 y que denominaré S3[37].

4.1. S1: régimen de reintegración de gastos tras restitución de inmueble

El sistema S1 tiene siete normas y, para expresarlas, ALONSO emplea las abreviaturas que se detallan a continuación. Las propiedades relevantes cuya concurrencia configura los casos a los que se aplica el resultado normativo determinado por la norma se expresan mediante letras mayúsculas. Las propiedades relevantes son: GN: gastos necesarios; GU: gastos útiles; GS: gastos suntuarios; y BF: buena fe. En cuanto a los resultados normativos, los operadores deónticos son los habituales y se expresan comenzando en mayúscula: O: obligatorio; Ph: prohibido; F: facultativo. Las acciones a las que se aplican dichos operadores deónticos se expresan mediante letras minúsculas y son los siguientes: p significa pagar gastos; q significa abonar aumento de valor; y s significa derecho a separar el bien resultante del gasto realizado, con derecho a una acción adicional, bien p que significa recibir gastos —s(p)— o bien q que significa recibir aumento de valor —s(q)—. La negación se expresa mediante el símbolo ¬ que se lee «no», la conjunción entre propiedades relevantes o soluciones normativas se expresa mediante el símbolo & que se lee «y», y la disyunción se expresa mediante el símbolo ∨ que se lee «o» y se entiende como disyunción excluyente.

---

[36] ALONSO, 1995.

[37] S2 y S3 se extraen de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 38 y ss.

Por último, las normas se expresan como correlación entre conjuntos de propiedades relevantes (que configuran el caso) y una o varias acciones precedidas por un operador deóntico (que describe la solución normativa de la norma). La correlación se expresa con el símbolo → que se lee «si [...] entonces [...]». Por razones de espacio, en las matrices se emplea una notación donde la solución normativa aparece en primer lugar seguida del caso, ambas conectadas con el símbolo / que se lee «siempre que».

De acuerdo con las abreviaturas y simbología explicadas, las normas del sistema S1 son N1: GN→Op; N2: GN&BF→Fr; N3: GU&BF→Op∨Oq; N4: GU&BF→Fr; N5: Gs&BF→Fs(p); N6: GN&¬BF→Op; y N7: GS&¬BF→Fs(q), con las que ALONSO construye la siguiente matriz:

S1[38]

	GN	**GU**	**GS**	**BF**	**Op/GN**	**Fr/GN&BF**	**Op∨Oq/GU&BF**	**Fr/GU&BF**	**Fs(p)/Gs&BF**	**Op/GN&¬BF**	**Fs(q)/GS&¬BF**
1	+	–	–	+	Op	Fr					
2	+	–	–	–	Op					Op	
3	–	+	–	+			Op∨Oq	Fr			
4	–	+	–	–							
5	–	–	+	+					Fs(p)		
6	–	–	+	–							Fs(q)

De esta matriz del sistema S1, ALONSO extrae los siguientes principios implícitos:

i) Como correlación caso-solución extrae el principio de que «los gastos no suntuarios de buena fe tiene[n] derecho de retención», principio α expresado como (¬GS&BF)→Fr o, en notación alternativa, Fr/(¬GS&BF)[39].

ii) Como relación de orden de preferencias entre soluciones normativas para cada propiedad relevante, según los criterios Op≥Op∨Oq (Op∨Oq)&Fr>Fs(p) y Op≥Fs(q)[40], extrae el principio β relativo al tratamiento de los gastos según el que «el

[38] En principio, cuatro propiedades relevantes darían lugar a 2n = 24 = 16 casos. No obstante, ALONSO elimina los casos en que concurren dos de las propiedades GN, GU o GS o las tres porque las propiedades no son independientes (no representan casos individuales) y la clasificación de gastos es conjuntamente excluyente y exhaustiva, es decir, cada gasto puede ser clasificado solamente dentro de una categoría (necesario, útil o suntuario) y las tres categorías agotan todos los gastos posibles.

[39] ALONSO, 1995: 417.

[40] Esta fórmula expresa mediante lógica de relaciones el criterio de ALONSO en ALONSO, 1995: 417-418: «¿Cuándo un poseedor tiene mejor derecho que otro poseedor? En algunas ocasiones se trata del derecho a un reintegro más oneroso. En otras ocasiones se trata del derecho accesorio de retención que algunos poseedores tienen y otros carecen. [...] El derecho a percibir el costo (Op: caso 1) es mejor que el derecho a percibir el costo o el mayor valor (Op∨Oq: caso 3) ya que al tener el deudor la alternativa entre p o q, siempre puede elegir la menos onerosa, que en general será el abono del mayor valor (q). A su vez, los casos 1 y 3 tienen el mismo derecho de retención. El derecho de 1 en algunas ocasiones es mejor y en otras es igual que el de 3. El derecho a [(Op∨Oq)&Fr: caso 3] es mejor o igual que el *ius tollendi* [Fs(p); caso 5]. En cuanto a los bienes no separables es mejor, ya que 3 tiene derecho a reintegro y 5 carece de derecho a reintegro alguno. En cuanto a los bienes separables el derecho es similar, ya que el *ius tollendi* es un derecho de retención sobre un objeto separable, ya que el anterior poseedor debe entregar el objeto si el nuevo poseedor decide abonárselo. [...] En cuanto a los GN, el caso 1 tiene un derecho de retención del que el caso 2 carece. Pero este último tiene derecho a un reintegro (p) similar a 1. En cuanto a los GS, el caso 5 tiene el Fs(p), que es mejor o igual derecho que el Fs(q)

derecho de quien realizó un gasto necesario es mejor o igual que el de quien realizó un gasto útil, y éste mejor o igual que el de quien realizó un gasto suntuario», expresado como GN≥GU≥GS[41]; y también extrae el principio γ relativo al tratamiento normativo de la buena fe, según el cual «[e]l derecho del anterior poseedor de buena fe (D BF), es mejor o igual que el derecho del anterior poseedor de mala fe (D¬BF)», principio que expresa como BF>¬BF[42].

4.2. S2: régimen de reintegración de inmueble ajeno (proyecto de FREITAS)

ALONSO ha reconstruido en posteriores trabajos[43] el sistema S2 de reintegración de inmueble ajeno según el proyecto de Código Civil brasileño de FREITAS. La notación es la misma que en S1, pero las abreviaturas de propiedades relevantes son BFE: buena fe del enajenante; BFA: buena fe del adquirente; y TO: título oneroso, y la única acción de las soluciones normativas en S2 es r: restituir inmueble. El sistema incluye las normas N1: ¬BFE→Or; N2: ¬BFA→Or; N3: ¬TO→Or; y N4: BFE&BFA&TO→Fr:

S2

	BFE	**BFA**	**TO**	**Or/¬BFE**	**Or/¬BFA**	**Or/¬TO**	**Fr/BFE&BFA&TO**
1	+	+	+				Fr
2	–	+	+	Or			
3	+	–	+		Or		
4	–	–	+	Or	Or		
5	+	+	–			Or	
6	–	+	–	Or		Or	
7	+	–	–		Or	Or	
8	–	–	–	Or	Or	Or	

De esta matriz del sistema S2, ALONSO extrae los siguientes principios implícitos como relación de orden de preferencias según el criterio FR>OR[44]:

i) δ: BFE≥¬BFE: «Quien adquiere de un enajenante de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes».

---

del 6. En algunas ocasiones es mejor, tal como es el derecho al costo de la mejora (p), y en otras ocasiones es igual, como lo es en el caso de los bienes no separables».

[41] ALONSO, 1995: 417.

[42] *Ibid.,* 1995: 418.

[43] *Ibid.,* 2013.

[44] *Ibid.,* 2013: 361. La explicitación del criterio es la siguiente: «Los principios implícitos establecen la relación de "tener un derecho mejor o igual que", relación que, en este contexto, sólo significa que "Facultativo Restituir (FR)" es un derecho mejor que "Obligatorio Restituir (OR)", toda vez que quien puede conservar el inmueble (FR) está mejor posicionado, en términos patrimoniales, que aquel que debe restituir el inmueble (OR) al reivindicante. Complementariamente, hay un derecho igual cuando ambos pueden conservar el inmueble (FR) o cuando ambos deben restituirlo (OR)».

(ii) ε: BFA≥¬BFA: «Quien adquiere de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes».

(iii) ζ: TO≥¬TO: «Quien adquiere a título oneroso tiene mejor o igual derecho que quien adquiere a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes».

4.3. S3: reintegración de inmueble ajeno en el Código Civil argentino

Por último, ALONSO ha reconstruido también el sistema S3 sobre el régimen de reintegración de inmueble ajeno en el código civil argentino vigente hasta 2016, con la misma notación que en S2 y a partir de las normas N1: BFE&BFA&TO→Fr; N2: BFE&¬BFA→Or; y N3: ¬TO→Or.

S3

	BFE	BFA	TO	Fr/BFE&BFA&TO	Or/BFE&¬BFA	Or/¬TO
1	+	+	+	Fr		
2	–	+	+			
3	+	–	+		Or	
4	–	–	+			
5	+	+	–			Or
6	–	+	–			Or
7	+	–	–		Or	Or
8	–	–	–			Or

De esta matriz del sistema S3 ALONSO no extrae principios implícitos, sino que aplica los principios de S2 para colmar las lagunas normativas en los casos 2 y 4.

5. PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y GENERALIDAD

Según anticipado, la propuesta de este trabajo es que las relaciones α, β, γ, δ, ε y ζ reveladas por ALONSO en S1 y S2 presentan inconvenientes para ser consideradas principios jurídicos implícitos cuando se analizan sus características lógicas desde una perspectiva positivista. Por ello, para verificar si su análisis lógico permite considerarlos o no principios implícitos, en los apartados siguientes examinaré si, al realizar un análisis formal, α, β, γ, δ, ε y ζ presentan las notas de generalidad y peso que configuran a los principios cuando se contraponen a las normas del sistema consideradas reglas.

En primer lugar trataré los principios expresados como correlación caso-solución. A efectos de su análisis lógico, cuando los principios se enuncian como una relación entre un caso genérico y una solución normativa la notación lógica empleada es la lógica deóntica, no la lógica de preferencias. Por tanto, y según analizado en el apartado 2, la característica diferencial de los principios se manifiesta a efectos lógicos como mayor

generalidad respecto de las reglas del sistema, y por tanto para su análisis formal se deberá obviar de momento el aspecto del peso cuyo tratamiento corresponde a la lógica de preferencias. Resulta de esta manera que para comprobar desde un punto de vista formal si las consecuencias lógicas enunciadas por ALONSO son principios, procederá verificar si, enunciados lógicamente como una correlación caso-solución, tienen la característica diferencial de los principios entendida como mayor generalidad, esto es, si configuran el caso como un caso menos fino que las restantes normas del sistema (que se entenderán como reglas).

De los principios analizados por ALONSO en los trabajos citados, el único principio enunciado como correlación caso-solución es el principio α de S1. El principio α dispone ¬GS&BF→Fr. Para evaluar si α tiene suficiente generalidad como para ser considerado principio en S1 según sus características lógicas y en contraposición a las normas expresas del mismo, consideradas reglas, será necesario comprobar si α como correlación caso-solución configura el caso de manera más general o menos fina, esto es, si tiene en cuenta menos propiedades relevantes que las normas de S1.

Las normas de S1 (y entre paréntesis, el número de sus propiedades relevantes) son N1: GN→Op (1); N2: GN&BF→Fr (2); N3: GU&BF→Op∨Oq (2); N4: GU&BF→Fr (2); N5: Gs&BF→Fs(p) (2); N6: GN&¬Bf→Op (2); y N7: GS&¬BF→Fs(q) (2). La relación α de S1 expresada como caso-solución tiene 2 propiedades relevantes. Desde un punto de vista lógico y en atención al criterio de mayor generalidad entendida como menor cantidad de propiedades relevantes que las normas del sistema, α es igual de general (o de fino) que las normas N2 a N7 y menos general que N1. Si para considerar que α es un principio implícito de S1 se atiende a efectos lógicos a su generalidad en contraposición con la generalidad de otras normas del sistema, no resulta justificado entender que α lo es porque su generalidad como enunciado formal es igual a las de las normas N2 a N7 de S1 y menor que la de N1.

Por tanto, desde un análisis mediante lógica deóntica la relación caso-solución α: ¬GS&BF→Fr no podría considerarse un principio implícito del sistema S1 según el criterio de generalidad. Es decir, a efectos lógicos se podría afirmar que α es una consecuencia lógica de las normas que constituyen los axiomas del sistema S1, y por tanto que α es una norma implícita que pertenece a S1 al igual que pertenecen las normas explícitas. Sin embargo, un análisis lógico no refleja que α tenga la característica de mayor generalidad que las normas N1 a N7[45], por lo que de acuerdo a sus características formales no se podría afirmar que α es un principio implícito de S1.

6. PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y PESO

6.1. Peso y lógica de preferencias

La característica diferencial de los principios entendida como peso se expresa a través de la lógica de preferencias según examinado en el apartado II. Por tanto, en un

[45] De hecho, la norma más general que el resto sería N1, de la cual se podría predicar que constituye el principio del sistema si se atiende a la generalidad.

análisis formal no será posible verificar el peso del principio α de S1 porque está expresado como correlación caso-solución. En cambio, sí será posible investigar mediante la lógica la dimensión de peso en el resto de principios implícitos examinados por ALONSO en los trabajos citados, esto es, el resto de principios que extrae de los sistemas S1 y S2 y que expresa mediante lógica de preferencias, como ordenación del tratamiento en el sistema a las diferentes propiedades. Tales principios son β: GN≥GU≥GS; γ: BF>¬BF; δ: BFE≥¬BFE; ε: BFA≥¬BFA; y ζ: TO≥¬TO.

Sin embargo, del análisis lógico, y partiendo de un punto de vista positivista, surgen problemas para considerar que las relaciones β, γ, δ, ε y ζ son principios implícitos del sistema por ser relaciones elaboradas de acuerdo con un criterio de preferencia externo. Partiendo del tratamiento del peso como preferencia y dada la definición de propiedad relevante de un sistema normativo, a continuación propongo entender las relaciones de preferencia β, γ, δ, ε y ζ como una mera consecuencia lógica de la aplicación de un criterio de preferencia, siendo el criterio de preferencia el elemento que incorpora la dimensión de peso. En tal caso, mientras las relaciones entre las normas son necesarias y derivan de la estructura del sistema, el criterio de ordenación es contingente y añade el peso que las normas solas no tenían.

6.2. Propiedades relevantes y criterio de preferencia

En el sistema de lógica deóntica de ALCHOURRÓN y BULYGIN, una propiedad es relevante en un sistema normativo si, en igualdad del resto de propiedades, los casos en que la propiedad está presente y ausente tienen diferente solución normativa. De esta manera, la propiedad P1 es relevante respecto de los casos P1&P2&P3 y ¬P1&P2&P3 si ambos casos tienen diferentes soluciones normativas, por ejemplo P1&P2&P3→Ox y ¬P1&P2&P3→Phx[46]. Dada esta definición de propiedad relevante, si se establece un criterio que ordene la preferencia por las soluciones normativas de un sistema, siempre será posible extraer una relación de orden que manifieste el diferente tratamiento de las propiedades relevantes en dicho sistema, en tanto que la presencia o ausencia de una propiedad relevante siempre tendrán soluciones normativas diferentes y el criterio permitirá ordenarlas. Para demostrarlo, consideraré un sistema hipotético S4 con tres normas N1: ¬P1→Fx; N2: ¬P2→Ox; y N3: P1&P2→Phx.

	P1	**P2**	**Fx/¬P1**	**Ox/¬P2**	**Phx/P1&P2**
1	+	+			Phx
2	–	+	Fx		
3	+	–		Ox	
4	–	–	Fx	Ox	

Este sistema S4 tiene en cuenta dos propiedades relevantes (P1 y P2) y una sola acción (x). La presencia o ausencia de P1 y de P2 siempre cambia la solución norma-

[46] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: cap. VI. En el ejemplo, x representa una acción cualquiera y P1, P2 y P3, propiedades relevantes cualquiera.

tiva. Por tanto, siempre que se tenga un criterio de preferencia será posible ordenar las soluciones normativas a los casos en que concurra una propiedad y en los que no, *ceteris paribus.* Para realizar el análisis se tomará primero como criterio de preferencia el criterio que prefiere las soluciones que no obliguen a x frente a las que sí obligan: ¬Ox>Ox[47]. Las soluciones normativas en casos en que concurra P1 y ¬P1 o P2 y ¬P2 se confrontarán según este criterio, manteniéndose el resto de circunstancias iguales.

P1?¬P1[a] en S4 según el criterio ¬Ox>Ox	
P1&P2?¬P1&P2(¬Ox>Ox)	**P1&¬P2?¬P1&¬P2(¬Ox>Ox)**
(1)P1&P2→Phx?(2)¬P1&P2→Fx	(3)P1&¬P2→Ox?(4)¬P1&¬P2→Fx∨Ox
P1→Phx?¬P1→Fx	P1→Ox?¬P1→Fx∨Ox
¬Ox>Ox	¬Ox>Ox
Phx=Fx	Ox≤Fx∨OX
P1=¬P1	**P1≤¬P1**
P2?¬P2 en S4 según el criterio ¬Ox>Ox	
P1&P2?P1&¬P2(¬Ox>Ox)	**¬P1&P2?¬P1&¬P2(¬Ox>Ox)**
(1)P1&P2→Phx?(3)P1&¬P2→Ox	(2)¬P1&P2→Fx?(4)¬P1&¬P2→Fx∨Ox
P2→Phx?¬P2→Ox	P2Fx?¬P2Fx∨Ox
¬Ox>Ox	¬Ox>Ox
Phx>Ox	Fx≥Fx∨OX
P2>¬P2	**P2≥¬P2**

[a] El símbolo ? representa una relación de preferencia aún por terminar.

De la comparación resulta que en S4, según el criterio ¬Ox>Ox, la presencia de P1 es tratada igual o peor que su presencia (P1≤¬P1) y la presencia de P2 es tratada igual o mejor que su ausencia (P2≥¬P2).

Por último, es necesario destacar también la importancia esencial que tiene el criterio en este método formal de obtener relaciones y en su resultado. La importancia del criterio se resalta más aún si se invierte el criterio (es decir, sustituyendo ¬Ox>Ox por ¬Ox<Ox), porque invirtiendo el criterio las relaciones cambian:

P1?¬P1 en S4 según el criterio ¬Ox<Ox	
P1&P2?¬P1&P2(¬Ox<Ox)	**P1&¬P2?¬P1&¬P2(¬Ox<Ox)**
(1)P1&P2→Phx?(2)¬P1&P2→Fx	(3)P1&¬P2→Ox?(4)¬P1&¬P2→Fx∨Ox
P1→Phx?¬P1→Fx	P1→Ox?¬P1→Fx∨Ox
¬Ox<Ox	¬Ox<Ox
Phx=Fx	Ox≥Fx∨OX
P1=¬P1	**P1≥¬P1**

[47] Para las cuestiones de justificación de los criterios, *vid.* apartado 9.

P2?¬P2 en S4 según el criterio ¬Ox<Ox	
P1&P2?P1&¬P2(¬Ox<Ox)	**¬P1&P2?¬P1&¬P2(¬Ox<Ox)**
(1)P1&P2→Phx?(3)P1&¬P2→Ox	(2)¬P1&P2→Fx?(4)¬P1&¬P2→Fx∨Ox
P2→Phx?¬P2→Ox	P2Fx?¬P2Fx∨Ox
¬Ox<Ox	¬Ox<Ox
Phx<Ox	Fx<Fx∨OX
P2<¬P2	**P2≤¬P2**

Una vez invertido el criterio, de la comparación resulta que en S4, según el criterio ¬Ox<Ox, la presencia de P1 es tratada igual o mejor que su ausencia (P1≥¬P1) y la presencia de P2 es tratada igual o peor que su ausencia (P2≥¬P2).

6.3. Las relaciones en S1, S2 y S3, criterio de preferencia y lagunas normativas

De igual modo que para el hipotético sistema S4, si se cuenta con un criterio de preferencia será también posible ordenar en S1, S2 y S3 el tratamiento de los casos en que cada una de las propiedades está o no presente[48].

En S1, según el criterio Op>¬(Op), la presencia de GN es tratada mejor que su ausencia, la presencia de GU es tratada igual que su ausencia y la presencia de GS es tratada igual que su ausencia. Además, de la comparación de GN, GU y GS en S1 según el criterio Op>¬(Op) resulta que cuando concurre BF la presencia de GN es tratada igual o mejor que la de GU y ésta, a su vez, mejor que la de GS (GN≥GU>GS). Por último, cuando no concurre BF, la presencia de GN es tratada mejor que la de GU y ésta, a su vez, igual que la de GS. La conjunción de ambas comparaciones daría lugar a un resultado igual al obtenido por ALONSO, en tanto que la relación se podría enunciar como GN≥GU≥GS. En S2, según el criterio ¬(Or)>Or, la presencia de BFE es tratada igual o mejor que su ausencia (BFE≥¬BFE). Por último, en S3, según el criterio ¬(Or)>Or, la presencia de BFA es tratada igual o mejor que su ausencia (BFA≥¬BFA), la ausencia de BFE es tratada igual o mejor que su ausencia (¬BFE≥BFE) y la presencia de TO es tratada igual o mejor que su ausencia (TO≥¬TO).

Podría cuestionarse la aplicación de los criterios de ordenación a los sistemas normativos S1 y S3, en tanto que estos sistemas presentan lagunas normativas que no atribuyen una solución normativa a algún caso, mientras que el ejemplo de S4 era un sistema completo. Es decir, podría cuestionarse si el criterio de preferencia puede expresar preferencia también sobre las lagunas normativas. Considero sin embargo que este aspecto no es problemático dada la naturaleza del criterio de ordenación como proposición normativa y las diferencias entre negación interna y externa en el metalenguaje.

En la medida que el criterio de ordenación es extrasistémico, es una proposición normativa. ALCHOURRÓN y BULYGIN ya argumentaron que en las proposiciones nor-

[48] Para no interrumpir el argumento del artículo, el desarrollo del sistema de extracción de relaciones en los sistemas S1, S2 y S3 se realiza en el anexo incluido como apartado 11, al cual me remito.

mativas es posible equiparar la permisión y la ausencia de norma. Esto se debe a que en el lenguaje objeto (normas) solamente es posible la negación interna, mientras que el metalenguaje (proposiciones normativas) admite ambos tipos de negación[49]. Así, en el metalenguaje es posible emplear la negación con un sentido interno y externo. Por este motivo, cuando se enuncia la proposición normativa ¬Op acerca del sistema S1 hay una ambigüedad. Cuando se usa la negación interna, se afirma que dentro del sistema S1 existe una solución normativa igual a ¬Op, esto es, la proposición afirma que (¬Op). Sin embargo, cuando se usa la negación externa se afirma que en S1 no existe ninguna solución normativa igual a Op, esto es, la proposición afirma que ¬(Op).

En igual medida, cuando se enuncia la proposición normativa ¬Op>Op respecto de S1, se puede entender que en S1 se prefiere la solución normativa ¬Op sobre la solución normativa Op, esto es, (¬Op)>Op —negación interna—, pero también se puede entender que en S1 se prefiere la ausencia de la solución normativa Op a su presencia, esto es ¬(Op)>Op —negación externa—. Cuando se usa la negación externa para la proposición normativa que actúa como criterio, ¬(Op) es verdadera cuando en S1 las soluciones normativas son Fp o Php, y también cuando no hay solución normativa, es decir, cuando hay una laguna normativa. En igual medida, cuando se emplea la negación externa, la proposición normativa ¬(Op)>Op respecto de S1 expresa que en S1 se prefiere la ausencia de la solución normativa Op a su presencia, incluso cuando esa ausencia se debe a que el sistema no establece ninguna solución normativa para un caso genérico.

En lo sucesivo, en este trabajo la negación usada en proposiciones normativas siempre se entenderá como negación externa, y para ello se colocará fuera del paréntesis. Al adoptar como criterio de ordenación de preferencias una proposición normativa descriptiva con negación externa, desaparece el problema para ordenar soluciones normativas en sistemas incluso cuando presenten lagunas normativas, lo cual salva la objeción respecto los sistemas S1 y S3[50].

7. LOS PRINCIPIOS COMO ORDENACIÓN DE PREFERENCIAS

Como se ha argumentado, siempre que se tenga un criterio de preferencia, mediante un análisis lógico será posible extraer en cualquier sistema normativo las relaciones entre las soluciones de dos casos sólo diferenciados por la concurrencia o no concurrencia de una propiedad relevante. Estas relaciones tendrán carácter necesario y pertenecerán a la propia estructura de un sistema normativo con propiedades relevantes. Ello afecta a la concepción de las relaciones como principios jurídicos implícitos. Aunque la propuesta de ALONSO es muy fructífera a la hora de revelar las relaciones de un sistema normativo, el análisis lógico no permite afirmar que tales relaciones son principios jurídicos.

---

[49] *Vid.* ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: cap. VII. También en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991.

[50] Las antinomias no presentan tantos problemas. Para tratarlas, las soluciones normativas para cada caso deberían considerarse en su conjunto, de manera que en caso de antinomia se aplicará el criterio de preferencia sobre la conjunción de las soluciones normativas que el sistema establece para cada caso genérico. Así, de acuerdo con el criterio ¬Ox>Ox antes escogido, la antinomia Ox&Fx será igual de preferida que Ox pero menos que Fx (Fx>Ox=Fx&Ox).

Según se expuso, la lógica de preferencias permite representar el peso de los principios jurídicos. Además, también se planteó que las relaciones expresadas lógicamente mediante un criterio de preferencia son consecuencias necesarias de la existencia de un criterio, pero que el peso expresado como preferencia está contenido en el criterio, no en las relaciones. Es decir, el análisis lógico revela que las relaciones entre las soluciones normativas adquieren el peso al aplicarse el criterio de preferencia, pero no tienen peso propio. Por tanto, una aproximación formal revela que el principio sería el criterio (que contiene la preferencia), no las relaciones sistemáticas (que sólo la aplican). De ello se deriva que a efectos lógicos las relaciones sistemáticas propuestas por ALONSO se podrían considerar sólo consecuencias lógicas de dicho principio, pero no principios.

La aplicación del principio (criterio de ordenación) a un sistema permitiría explicitar la estructura del sistema de acuerdo con dicho principio u orden de preferencias entre soluciones, pero esas preferencias en el tratamiento de propiedades no podrían considerarse principios sino meras consecuencias lógicas de la aplicación del principio. Así pues, se podría decir que la estructura lógica del sistema S1 bajo el principio $Op>\neg(Op)$ revela las siguientes relaciones sistemáticas[51]: i) $GN>\neg GN$; ii) $GU=\neg GU$; iii) $GS=\neg GS$; iv) $GN\geq GU>GS$ (*ceteris paribus* BF), y v) $GN>GU>GS$ (*ceteris paribus* $\neg$BF). Sin embargo, no se puede considerar que dichas consecuencias sean lógicamente principios porque si cambiara el criterio, el orden expresado cambiaría.

Todavía podría hacerse otra objeción para considerar las relaciones como principios implícitos. En un sistema normativo, las consecuencias lógicas de las normas son normas implícitas que pertenecen al sistema normativo. Análogamente, se podría afirmar que las consecuencias lógicas de un principio usado como criterio de preferencia son principios implícitos que pertenecen al sistema normativo[52]. Este paralelismo tropieza con una gran piedra. Las normas que actúan como axiomas en un sistema normativo están formuladas expresamente. Por el contrario, los criterios de ordenación usados no siempre se encuentran en el sistema, sino que pueden ser elementos extrasistémicos añadidos para revelar las relaciones sistemáticas. Para que las consecuencias de un criterio sean principios jurídicos implícitos del sistema, primero habrá que justificar que el criterio es un principio jurídico implícito del sistema. Por tanto, el mero paralelismo con las normas y las consecuencias lógicas de las normas no es suficiente para defender que las relaciones sistemáticas de preferencia son principios implícitos de un sistema normativo.

En todo caso, estoy de acuerdo en que existe una conexión, ya apuntada por otros autores, entre principios implícitos e intereses o valores y criterio de ordenación. ATIENZA y RUIZ MANERO han sostenido, sobre la justificación de los principios implícitos como premisas, que «afirmar que "X es un principio implícito" de una determinada institución, sector normativo o sistema jurídico es lo mismo que afirmar que las reglas y principios explícitos correspondientes son coherentes con X y que a tales reglas y principios explícitos, entendidos como formulaciones lingüísticas, debe adscribírseles un contenido proposicional que resulte coherente con X»[53]. Esta reflexión se podría

[51] Para el significado de esas relaciones sistemáticas *vid.* apartado 6.3.
[52] Agradezco a Juan Pablo ALONSO que me indicara esta objeción.
[53] ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 18-19 y 24.

acomodar a la propuesta de considerar el criterio de elección como principio, lo que exigiría entender las relaciones entre reglas y principios de acuerdo con el principio. En todo caso, esta reflexión también resta importancia a las relaciones sistemáticas.

8. PRINCIPIOS JURÍDICOS, NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

8.1. Coherencia como adecuación de normas a un principio

Lo expuesto hasta ahora tiene importantes consecuencias cuando se aplica al concepto de coherencia que usa ALONSO (siguiendo a MACCORMICK) como adecuación de normas a un principio[54]. Si las relaciones entre normas son una consecuencia necesaria de la existencia de un criterio de ordenación, todos los sistemas son necesariamente coherentes con cualquier principio que se proponga como criterio de preferencia, y siempre será posible extraer como mínimo tantas relaciones como combinaciones sean posibles manteniendo igual una propiedad para cumplir con la condición *ceteris paribus*[55]. Sin embargo, aunque resulta contraintuitivo afirmar que todos los sistemas jurídicos son coherentes según el concepto de coherencia usado por ALONSO, este problema desaparece si se analiza a la luz de las diferencias entre principios entendidos como normas y principios entendidos como proposiciones normativas.

Cuando se emplea como criterio de ordenación una proposición normativa ajena al sistema de normas, el criterio pertenece al metalenguaje. Esto conlleva: i) que la negación en el criterio se puede usar como negación externa, lo que permite ordenar las relaciones del sistema incluso si presenta lagunas; ii) que las relaciones explicitadas según el criterio no serán consecuencias lógicas del sistema sino consecuencias lógicas de una proposición normativa del metalenguaje derivadas de las características estructurales del sistema, por lo que serían proposiciones normativas a su vez y pertenecerían al, llamémoslo, metasistema, y iii) que al pertenecer al metalenguaje, estas proposiciones normativas serán sólo descriptivas, carecerán de fuerza prescriptiva, lo cual impedirá usarlas o usar el criterio para sugerir modificaciones del sistema (como, por ejemplo, colmar lagunas normativas).

No sucede lo mismo cuando se emplea un principio explícito como criterio de ordenación. Por ejemplo, ALEXY alude a los principios P1: «[d]erecho a la vida y a la integridad física» y P2: «aplicación del derecho penal». De estos principios extrae dos «consecuencias como juicios concretos de deber ser jurídico» que son para P1 «[e]stá prohibido realizar la audiencia oral» y para P2 «está ordenado realizar la audiencia oral»[56]. En este caso, el sistema normativo contiene un principio que, según postula ALEXY, se puede formular como una preferencia entre soluciones normativas. Por tanto, el principio es una norma prescriptiva que pertenece al sistema. Al usar el principio como criterio de ordenación: i) la negación en ese principio será negación interna, lo

---

[54] ALONSO, 2013: 358. Aunque sólo trato el concepto empleado por ALONSO, el debate sobre la coherencia en relación con la teoría de la interpretación jurídica es mucho más amplio y ha generado un gran interés en las últimas décadas. Para una revisión del estado actual de la cuestión, *vid.* DICKSON, 2014.

[55] El número total de relaciones para un sistema será de 2^n, es decir, igual al número de casos.

[56] ALEXY, 1993: 92.

cual no permitirá incluir las lagunas en la ordenación y permitirá que el sistema sea incoherente con el principio; ii) las relaciones explicitadas serán una consecuencia lógica de una norma del sistema, por tanto serán normas y no proposiciones normativas, y iii) el criterio, como norma, será prescriptivo y permitirá sugerir modificaciones para incrementar la coherencia del sistema.

La diferencia entre principios como normas o como proposiciones normativas revela que la coherencia en el sentido empleado por ALONSO solamente es útil cuando se refiere a principios explícitos que pertenecen al sistema. En este caso, la coherencia tiene carácter contingente y fuerza prescriptiva para corregir defectos del sistema. Sin embargo, cuando la coherencia se refiere a principios ajenos al sistema, los principios son proposiciones normativas y la coherencia es una necesidad lógica. Esta coherencia es trivial, siempre existirá para todos los sistemas normativos pero no servirá para evaluar los sistemas normativos ni para corregir sus defectos.

8.2. Principios implícitos como proposiciones normativas

Por otra parte, según la distinción de ALCHOURRÓN y BULYGIN entre normas (con fuerza prescriptiva jurídica) y proposiciones normativas (sin fuerza prescriptiva), surgen otras consecuencias contraintuitivas de considerar los principios implícitos como proposiciones normativas que se sitúan al nivel del metalenguaje. Estas consecuencias se relacionan con reflexiones ya hechas al examinar en general los principios implícitos en el apartado 3.

La primera consecuencia contraintuitiva es que, dentro del paradigma lógico positivo, los principios implícitos tendrían diferente naturaleza que las normas del sistema, porque los principios son proposiciones normativas, no normas. Por tanto, aunque las normas se consideraran reglas no podrían contraponerse a los principios, lo cual obliga a descartar la tesis de la separación débil respecto de los principios implícitos. Los principios implícitos y las reglas quedarían separados por una diferencia lógica, porque los principios implícitos tendrían una dimensión de peso distinta que sería consecuencia de ser proposiciones normativas pertenecientes al metalenguaje expresadas mediante lógica de preferencias, mientras que las reglas serían normas del lenguaje objeto sin dicha dimensión de peso.

Sin embargo, lo anterior no respalda los argumentos de la tesis de la separación fuerte entre principios y reglas cuando se aplican a los principios implícitos, según se expone a continuación. La segunda conclusión contraintuitiva de considerar que los principios implícitos son proposiciones normativas (de acuerdo con el paradigma lógico positivo de ALCHOURRÓN y BULYGIN adoptado por ALONSO) es que los principios implícitos no son principios jurídicos, porque no son normas sino proposiciones normativas. Esto hace que los principios implícitos carezcan de fuerza prescriptiva jurídica y que para justificar su normatividad se deba acudir a elementos extrajurídicos. Además, también hace contradictoria la expresión *principios implícitos* para aludir a los criterios de preferencia no explicitados en el sistema, porque estos criterios, considerados principios implícitos, no pertenecerían al sistema sino que se situarían fuera del mismo como metasistema.

En relación con los principios implícitos como proposiciones normativas también cabe mencionar la postura de ÁVILA, quien además de considerar las reglas y los principios jurídicos, en su teoría jurídica añade los postulados normativos, que concibe como metanormas cuyo papel es contribuir al entendimiento y aplicación de las normas (por ejemplo, coherencia, razonabilidad y proporcionalidad)[57]. Los postulados según ÁVILA no se consideran reglas ni principios, pues pertenecen al metalenguaje en lugar de al lenguaje objeto. Aunque también se ubiquen en el metalenguaje, los postulados normativos de ÁVILA no son equiparables a los principios según tratados en este trabajo, aunque sería posible indagar qué relaciones existen entre los criterios de ordenación de preferencias y los postulados normativos, cuestión que no abordo en este trabajo.

9. JUSTIFICACIÓN Y JURIDICIDAD DEL CRITERIO DE PREFERENCIA

Por último es preciso aludir a la justificación de los criterios de preferencia. La justificación de los criterios de ordenación resulta esencial porque estos criterios no están formulados expresamente, sino que son aspectos extrasistemáticos que se incorporan al razonamiento jurídico. Ello hace aplicable la observación de ALCHOURRÓN respecto de la premisa implícita en el argumento analógico o *a pari*, la cual «nunca es verdadera por razones lógicas; lo que allí se establece es una pauta valorativa contingente»[58].

Hay que dejar claro en primer lugar que la ausencia de justificación de la premisa no invalida el razonamiento. La justificación de las premisas de un razonamiento que emplee un criterio de ordenación de preferencias es un problema diferente al de la validez de dicho razonamiento[59] y no conlleva necesariamente su arbitrariedad. No obstante, como afirma AMAYA, se exige responsabilidad epistémica al operador jurídico en la justificación de su elección, por lo que para poder determinar la responsabilidad del operador éste debería adecuarse a estándares de responsabilidad en la selección de las premisas y explicitar el razonamiento seguido para permitir que se valore su adecuación a dichos estándares[60].

A efectos de explicitar los razonamientos implícitos en la elección del criterio de ordenación y de acuerdo con lo desarrollado hasta aquí, para que los diferentes criterios de preferencia empleados para ordenar las relaciones sistemáticas en los sistemas S1 a S4 puedan considerarse principios jurídicos sería necesario comprobar si tales principios pertenecen al propio sistema normativo. Recordemos aquí que PRIETO distinguía según el respaldo institucional de los principios jurídicos[61], por lo que acogiendo su distinción podrían existir principios jurídicos como re-

---

[57] ÁVILA, 2007: 85 y ss.

[58] ALCHOURRÓN, 1991: 13.

[59] MORESO, REDONDO y NAVARRO, 1992. *Vid.* también HAACK, 2007: 19, BULYGIN, 2008: 5, y MARANHÃO, 2009: 232.

[60] AMAYA, 2011: 10.

[61] *Vid.* apartado 3 anterior.

laciones de preferencia positivadas en el ordenamiento al modo de los mandatos de optimización de ALEXY (principios explícitos) y por otro lado principios jurídicos no positivados, que serían construcciones valorativas de orden social, moral o práctico, incluso aunque se apoyaran también en consideraciones legales (principios extrasistémicos) [62].

Como he indicado en el apartado anterior, es posible usar principios explícitos como criterio de preferencia para determinar las relaciones sistemáticas, lo cual no plantea problemas de justificación aunque tiene consecuencias diferentes al uso de principios no explícitos. Sin embargo, la admisibilidad de principios extrasistémicos depende de que la teoría jurídica adoptada establezca o no una separación estricta entre derecho y moral (lo cual remite a los debates HART-DWORKIN y la copiosa literatura surgida sobre la separación de derecho y moral y la adjudicación judicial).

En la teoría positivista de ALCHOURRÓN y BULYGIN, las normas tienen fuerza prescriptiva (normatividad jurídica) mientras que las proposiciones normativas son descriptivas, al menos a efectos jurídicos [63]. En todo caso, esta distinción no elimina la posible fuerza prescriptiva de las proposiciones normativas, sólo niega su normatividad de carácter jurídico. Junto al derecho coexisten otras fuentes de normatividad además de la jurídica, como son la racionalidad, la moral, la prudencia o el protocolo [64]. Estas fuentes alternativas de normatividad permiten conservar la fuerza prescriptiva no jurídica de las proposiciones normativas en las posturas que separen derecho y moral de manera estricta.

Además, el problema de la ausencia de fuerza prescriptiva de origen jurídico en los principios entendidos como relaciones de preferencia basados en un criterio de ordenación externo no se plantea en otras teorías jurídicas como, por ejemplo, la de DWORKIN [65]. Según la propuesta interpretativa de DWORKIN, la práctica de la interpretación permite revelar el derecho «en su mejor luz» de acuerdo con consideraciones morales o políticos. En la práctica interpretativa, dichos elementos morales o políticos se consideran parte del derecho. Por tanto, los criterios de ordenación procedentes de consideraciones morales y políticas empleadas en la interpretación son en la teoría de DWORKIN parte del sistema normativo, parte del lenguaje objeto (normas jurídicas) y no externos (metalenguaje) [66]. Así pues, con DWORKIN como punto de partida las rela-

---

[62] La construcción de tales principios extrasistémicos se podría justificar como un conjunto de inferencias válidas aceptadas por la comunidad jurídica, aunque explorar las posibilidades explicativas del inferencialismo para explicar el razonamiento con principios excede el propósito de este trabajo.

[63] *Vid.* apartado 3.

[64] *Vid.* BROOME, 2013, 25-27. Agradezco a Miranda DEL CORRAL sus sugerencias de bibliografía sobre normatividad.

[65] Doy las gracias al revisor anónimo cuyos comentarios me hicieron ser consciente de este punto.

[66] DWORKIN, 1986: 255-256: «*Hard cases arise, for any judge, when his threshold test does not discriminate between two or more interpretations of some statute or line of cases. Then he must choose between eligible interpretations by asking which shows the community's structure of institutions and decisions —its public standards as a whole— in a better Light from the stand point of political morality. His own moral and political convictions are now directly engaged. But the political judgment he must make is itself complex and will sometimes set one department of his political morality against another: his decision will reflect not only his opinions about justice and fairness but his higher-order convictions about how these ideals should be compromised when they compete*». *Vid.* también DWORKIN, 1978: cap. 4.

ciones entre normas enunciadas de acuerdo con criterios de ordenación morales o políticos conservan fuerza prescriptiva jurídica porque pertenecen al sistema normativo una vez interpretado. ALONSO podría pues conservar la fuerza prescriptiva jurídica de los principios extrasistémicos abandonando la concepción iuspositivista estricta que sostiene[67] y acogiendo una postura más cercana a DWORKIN.

Por último, también plantea problemas la aceptación de principios jurídicos inexpresos pero pertenecientes al sistema, es decir, principios elaborados a partir de material normativo preexistente y que, por tanto, se entienden como principios que pertenecen al sistema (como normas, no como proposiciones normativas). El propio PRIETO parece descartar la posibilidad de que los principios implícitos sean normas, pues reconoce que la elaboración por el intérprete conllevaría «elecciones u opciones valorativas», es decir, «ingredientes extrasistemáticos»[68]. Se podría seguir considerando que los principios implícitos son normas en la concepción de PRIETO si se entiende sistema normativo al modo de ALCHOURRÓN y BULYGIN, es decir, como un sector definido del ordenamiento con un número limitado de normas. En tal caso, los principios inexpresos pero implícitos solamente serían inexpresos en cuanto al sistema, pero serían expresos en algún otro sector del ordenamiento desde el cual se importarían y serían, por tanto, normas. Sin embargo, si se entiende sistema como ordenamiento vigente, según la concepción de PRIETO los principios inexpresos pero implícitos no serían normas, puesto que la mención al uso de elementos extrasistémicos significaría aceptar criterios no jurídicos en el razonamiento, lo cual convertiría los principios en proposiciones normativas.

Es posible una interpretación alternativa para mantener la categoría de principios inexpresos pero implícitos. Esta interpretación se relacionaría con el ejemplo de ALEXY ya mencionado, en el que existían dos principios explícitos, P1: «[d]erecho a la vida y a la integridad física» y P2: «aplicación del derecho penal», de los cuales se que extraían dos «consecuencias como juicios concretos de deber ser jurídico», consecuencias que son para P1 «[e]stá prohibido realizar la audiencia oral» y para P2 «está ordenado realizar la audiencia oral»[69]. En estos casos, el razonamiento jurídico aplicaría no un principio explícito, sino las consecuencias lógicas del mismo, es decir, un juicio concreto de deber ser jurídico derivado del principio. Se podría entender que el principio es un principio explícito cuando permita usar su formulación sin más como criterio de preferencia para extraer las relaciones sistemáticas y que, por el contrario, es un principio inexpreso pero implícito cuando sea una consecuencia lógica de un principio expreso determinada por el intérprete.

---

[67] ALONSO, 2014: 383: «El carácter juspositivista del modelo estriba en que el contenido de los principios implícitos viene determinado exclusivamente por el contenido de las normas usadas para obtenerlos. Para la configuración de los principios implícitos no se ha considerado ningún contenido externo al sistema de normas de referencia. Las limitaciones del modelo presentado (en el sentido de que en algunos casos no se puede arribar a una única respuesta correcta) no obstan a que pueda afirmarse que es incorrecto sostener que el juspositivismo es incapaz de dar cuenta del fenómeno de los principios jurídicos implícitos». De hecho, aunque ALONSO reconoce que «de algún modo» los principios como relaciones de orden son valoraciones, considera que no son valoraciones externas a los sistemas normativos en cuestión, sino internas a ellos (384).

[68] PRIETO SANCHÍS, 1992: 146.

[69] ALEXY, 1993: 92.

10. CONCLUSIÓN

Parece que los principios jurídicos implícitos son todavía un misterioso vecino al que la doctrina se encuentra con frecuencia pero del que se sabe poco. El debate sobre principios y reglas ha tratado con mayor asiduidad los principios explícitos que los implícitos, por lo que estos últimos siguen presentando zonas oscuras.

Los resultados de aplicar procedimientos lógicos a los principios implícitos, tal y como ha hecho muy fructíferamente Juan Pablo ALONSO, desvelan ciertas estructuras argumentales pero arrojan dudas razonables sobre lo principios implícitos y abren posibles caminos de investigación. Las tesis sostenidas en torno a la relación entre principios y reglas no son conciliables completamente con la reconstrucción lógica del razonamiento sobre principios implícitos, en especial desde una perspectiva positivista. Si, como parece, los principios implícitos siempre exigen aportar un criterio de preferencia a un sistema normativo, en una teoría que separe derecho y otras fuentes de normatividad, en especial la moral, y que atribuya diferente carácter prescriptivo o descriptivo a lenguaje y metalenguaje, ese criterio y sus consecuencias lógicas se situarían fuera del sistema, lo cual no permitiría contraponer los principios implícitos a las reglas del sistema y arrebataría a los principios implícitos de la nota de juridicidad porque esos criterios de preferencia y sus consecuencias serían metajurídicos, no jurídicos. A efectos lógicos no se habría logrado situar los principios dentro de los sistemas jurídicos como normas, sino que habrían quedado aún a las puertas del derecho.

Podría ser que todas estas confusiones sean consecuencia de mera tozudez semántica. Al hablar de principios implícitos, parecería que se tiene intención de atribuirles las mismas características de los principios explícitos. Si por el contrario se sostuviera que los principios implícitos tienen una categoría normativa diferente a los principios expresos y que la argumentación sobre principios implícitos no es tampoco equivalente a la argumentación sobre principios expresos, se reconocería a los principios implícitos como un *tertius genus* a investigar sin quedar vinculado por los resultados de investigaciones previas sobre principios y reglas.

11. ANEXO I: DESARROLLO COMPLETO DE LAS PROPIEDADES DE S1, S2 Y S3[70]

Relaciones en S1: según 4.1(ii), el criterio original empleado por ALONSO comprendía: i) $Op \geq Op \vee Oq$; ii) $(Op \vee Oq) \& Fr > Fs[p]$, y iii) $Op \geq Fs[q]$. Estos tres criterios se pueden simplificar como $Op > \neg(Op)$ a efectos de trabajo sin modificar los resultados obtenidos. Con este criterio se ordenan las soluciones normativas a los casos con presencia o ausencia de una propiedad relevante *ceteris paribus*. Para ello, se añade el caso genérico 7 que garantiza preservar la condición *ceteris paribus.*

[70] Este anexo emplea la notación ya explicada en el trabajo. Como única novedad, LN representa una laguna normativa.

	GN	GU	GS	BF	Op/GN	Fr/GN&BF	Op∨Oq/GU&BF	Fr/GU&BF	Fs(p)/Gs&BF	Op/GN&¬BF	Fs(q)/GS&¬BF
1	+	–	–	+	Op	Fr					
2	+	–	–	–	Op					Op	
3	–	+	–	+			Op∨Oq	Fr			
4	–	+	–	–							
5	–	–	+	+					Fs(p)		
6	–	–	+	–							Fs(q)
7	–	–	–	–							

GN?¬GN, GU?¬GU y GS&¬GS en S1 según el criterio Op>¬(Op)	
	***Ceteris paribus* ¬GU&¬GS&¬BF**
GN	(2) Op
¬GN	(7) LN
	***Ceteris paribus* ¬GN&¬GS&¬BF**
GU	(4) LN
¬GU	(7) LN
	***Ceteris paribus* ¬GN&¬GU&¬BF**
GS	(6) Fs(q)
¬GS	(7) LN

De la comparación resulta que en S1, según el criterio Op>¬(Op), la presencia de GN es tratada mejor que su ausencia, la presencia de GU es tratada igual que su ausencia y la presencia de GS es tratada igual que su ausencia:

GN?¬GN (*ceteris paribus* ¬GU&¬GS&¬BF): Op>LN, por tanto GN>¬GN
GU?¬GU (*ceteris paribus* ¬GN&¬GS&¬BF): LN=LN, por tanto GU=¬GU
GS?¬GS (*ceteris paribus* ¬GN&¬GU&¬BF): Fs(q)=LN, por tanto GS=¬GS

Sin embargo, el principio implícito β enunciado por ALONSO era GN≥GU≥GS, es decir, que el derecho del adquirente era igual o mejor para GN que para GU y este, a su vez, mejor que el de GS. Para comparar simultáneamente las propiedades GN, GU y GS de S1 es necesario mantener la propiedad BF o ¬BF tal y como hace ALONSO[71] para preservar el requisito *ceteris paribus.* De esta manera, para comparar en S4 los resultados relativos a GN/GU/GS respecto de BF y ¬BF resulta que:

	***Ceteris paribus* BF**	***Ceteris paribus* ¬BF**
GN	(1) OP&Fr	(2) Op
GU	(2) (Op∨Oq)&Fr	(4) LN
GS	(5) Fs(p)	(6) Fs(q)

GN?GU?GS (*ceteris paribus* BF): Op&Fr≥(Op∨Oq)&Fr>Fs(q), por tanto GN≥GU>GS
GN?GU?GS (*ceteris paribus* ¬BF): Op>LN=Fs(q), por tanto GN>GU=GS

[71] *Vid.* gráfico 6 en ALONSO, 1995: 416.

De la comparación de GN, GU y GS en S1 según el criterio Op>¬(Op) resulta que cuando concurre BF la presencia de GN es tratada igual o mejor que la de GU y ésta, a su vez, mejor que la de GS (GN≥GU>GS). Asimismo, cuando concurre ¬BF la presencia de GN es tratada mejor que la de GU y ésta, a su vez, igual que la de GS. La conjunción de ambas comparaciones daría lugar a un resultado igual al obtenido por ALONSO, en tanto que la relación se podría enunciar como GN≥GU≥GS.

Relaciones en S2: las relaciones en S2 según el criterio ¬(Or)>Or son:

	BFE	BFA	TO	Or/¬BFE	Or/¬BFA	Or/¬TO	Fr/BFE&BFA&TO
1	+	+	+				Fr
2	–	+	+	Or			
3	+	–	+		Or		
4	–	–	+	Or	Or		
5	+	+	–			Or	
6	–	+	–	Or		Or	
7	+	–	–		Or	Or	
8	–	–	–	Or	Or	Or	

BFE?¬BFE, BFA?¬BFA y TO?¬TO en S3 según el criterio ¬(Or)>Or

	C.P. BFA&TO	C.P. BFA&¬TO	C.P. ¬BFA&TO	C.P. ¬BFA&¬TO
BFE	(1) Fr	(5) Or	(3) Or	(7) Or
¬BFE	(2) Or	(6) Or	(4) Or	(8) Or
BFA	(1) Fr	(5) Or	(2) Or	(6) Or
¬BFA	(3) Or	(7) Or	(4) Or	(8) Or
TO	(1) Fr	(3) Or	(2) Or	(4) Or
¬TO	(5) Or	(7) Or	(6) Or	(8) Or

De la comparación resulta que en S2, según el criterio ¬(Or)>Or, la presencia de BFE es tratada igual o mejor que su ausencia (BFE≥¬BFE), la presencia de BRA es tratada igual o mejor que su ausencia (BFA≥¬BFA) y la presencia de TO es tratada igual o mejor que su ausencia (TO≥¬TO):

BFE?¬BFE (*ceteris paribus* BFA&TO): Fr>Or, por tanto BFE>¬BFE
BFE?¬BFE (*ceteris paribus* BFA&¬TO): Or=Or, por tanto BFE=¬BFE
BFE?¬BFE (*ceteris paribus* ¬BFA&TO): Or=Or, por tanto BFE=¬BFE
BFE?¬BFE (*ceteris paribus* ¬BFA&¬TO): Or=Or, por tanto BFE=¬BFE
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* BFE&TO): Fr>Or, por tanto BFA>¬BFA
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* BFE&¬TO): Or=Or, por tanto BFA=¬BFA
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* ¬BFE&TO): Or=Or, por tanto BFA=¬BFA
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* ¬BFE&¬TO): Or=Or, por tanto BFA=¬BFA
TO?¬TO (*ceteris paribus* BFE&BFA): Fr>Or, por tanto TO>¬TO
TO?¬TO (*ceteris paribus* BFE&¬BFA): Or=Or, por tanto TO=¬TO
TO?¬TO (*ceteris paribus* ¬BFE&BFA): Or=Or, por tanto TO=¬TO
TO?¬TO (*ceteris paribus* ¬BFE&¬BFA): Or=Or, por tanto TO=¬TO

Sería posible además extraer otras relaciones de soluciones según las propiedades, puesto que dado el número de propiedades es posible preservar la condición *ceteris paribus* manteniendo una de ellas y comparando las otras dos. Por ejemplo se podría examinar las relaciones BFE?BFA, ¬BFE?BFA, BFE?¬BFA y ¬BFE?¬BFA según criterio ¬(Or)>Or usando TO y ¬TO para asegurar la condición *ceteris paribus*.

	***Ceteris paribus* TO**	***Ceteris paribus* ¬TO**
BFE	(1)Fr&(3)Or	(5)Or&(7)Or
¬BFE	(2)Or&(4)Or	(6)Or&(8)Or
BFA	(1)Fr&(2)Or	(5)Or&(6)Or
¬BFA	(3)Or&(4)Or	(7)Or&(8)Or

BFE?BFA (*ceteris paribus* TO): (1)Fr&(3)Or=(1)Fr&(2)Or, por tanto BFE=BFA
BFE?BFA (*ceteris paribus* ¬TO): (5)Or&(7)Or=(5)Or&(6)Or, por tanto BFE=BFA
¬BFE?BFA (*ceteris paribus* TO): (2)Or&(4)Or≤(1)Fr&(2)Or, por tanto ¬BFE≤BFA
¬BFE?BFA (*ceteris paribus* ¬TO): (6)Or&(8)Or=(5)Or&(6)Or, por tanto ¬BFE=BFA
BFE?¬BFA (*ceteris paribus* TO): (1)Fr&(3)Or≥(3)Or&(4)Or, por tanto BFE≥¬BFA
BFE?¬BFA (*ceteris paribus* ¬TO): (5)Or&(7)Or=(7)Or&(8)Or, por tanto BFE=¬BFA
¬BFE?¬BFA (*ceteris paribus* TO): (2)Or&(4)Or=(3)Or&(4)Or, por tanto ¬BFE=¬BFA
¬BFE?¬BFA (*ceteris paribus* ¬TO): (6)Or&(8)Or=(7)Or&(8)Or, ¬BFE=¬BFA

Relaciones en S3: aplicando el criterio de preferencia ¬(Or)>Or también sería posible extraer también las relaciones normativas de S3 aunque ALONSO no las extrajo:

	BFE	**BFA**	**TO**	**BFE&BFA&TO→Fr**	**BFE&¬BFA→Or**	**¬TO→Or**
1	+	+	+	Fr		
2	–	+	+			
3	+	–	+		Or	
4	–	–	+			
5	+	+	–			Or
6	–	+	–			Or
7	+	–	–		Or	Or
8	–	–	–			Or

BFE?¬BFE, BFA?¬BFA y TO?¬TO en S3 según el criterio ¬(Or)>(Or)

	BFA&TO	**BFA&¬TO**	**¬BFA&TO**	**¬BFA&¬TO**
BFE	(1) Fr	(5) Or	(3) Or	(7) Or
¬BFE	(2) LN	(6) Or	(4) LN	(8) Or
BFA	(1) Fr	(5) Or	(2) LN	(6) Or
¬BFA	(3) Or	(7) Or	(4) LN	(8) Or
TO	(1) Fr	(3) Or	(2) LN	(4) LN
¬TO	(5) Or	(7) Or	(6) Or	(8) Or

De la comparación resulta que en S3, según el criterio ¬(Or)>Or, la ausencia de BFE es tratada igual o mejor que su ausencia (¬BFE≥BFE), la presencia de BRA es tratada igual o mejor que su ausencia (BFA≥¬BFA) y la presencia de TO es tratada igual o mejor que su ausencia (TO≥¬TO):

BFE?¬BFE (*ceteris paribus* BFA&TO): FR=LN, por tanto BFE=¬BFE
BFE?¬BFE (*ceteris paribus* BFA&¬TO): FR=LN, por tanto BFE=¬BFE
BFE?¬BFE (*ceteris paribus* ¬BFA&TO): Or<LN, por tanto BFE<¬BFE
BFE?¬BFE (*ceteris paribus* ¬BFA&¬TO): Or=Or, por tanto BFE=¬BFE
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* BFE&TO): Fr>Or, por tanto BFA>¬BFA
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* BFE&¬TO): Or=Or, por tanto BFA=¬BFA
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* ¬BFE&TO): LN=LN, por tanto BFA=¬BFA
BFA?¬BFA (*ceteris paribus* ¬BFE&¬TO): Or=Or, por tanto BFA=¬BFA
TO?¬TO (*ceteris paribus* BFE&BFA): Fr>Or, por tanto TO>¬TO
TO?¬TO (*ceteris paribus* BFE&¬BFA): Or=Or, por tanto TO=¬TO
TO?¬TO (*ceteris paribus* ¬BFE&BFA): LN>Or, por tanto TO>¬TO
TO?¬TO (*ceteris paribus* ¬BFE&¬BFA): LN=Or, por tanto TO>¬TO

12. BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., 1997: «Las reglas en serio», en *La normatividad del derecho,* Barcelona: Gedisa, 17-36.

— 2011: *Essays on the doctrinal study of law,* Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, Law and Philosophy Library, núm. 96.

ALCHOURRÓN, C. E., 1991: «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 3-24.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (*online*), Buenos Aires: Astrea. Consultado el 18 de diciembre de 2014. Disponible en *http://www.biblioteca.org.ar/libros/154933.pdf*.

— 1991: «Permisos y normas permisivas», en *Análisis Lógico y Derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 215-238.

ALEXY, R., 1989: *A theory of legal argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal justification,* New York: Oxford University Press.

— 1993: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, E. GARZÓN VALDÉS (trad.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 2000: «On the Structure of Legal Principles», *Ratio Juris,* 13(3), 294-304.

ALONSO, J. P., 1995: «Un caso difícil en el Código Civil español», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 17-18, 403-431.

— 2006: *Interpretación de las normas y derecho penal,* Buenos Aires: Editores del Puerto.

— 2012, «Modelos jurídicos de Coherencia», *Revista Filosofía del Derecho,* 1(1), 3-36.

— 2013: «Principios jurídicos implícitos y coherencia», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 36, 357-386.

AMAYA, A., 2011: «Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho», *Discusiones*, 10, 21-64.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos,* Barcelona: Ariel.

ÁVILA, H. B., 2007: *Theory of legal principles,* Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, Law and Philosophy Library, núm. 81.

BROOME, J., 2013: *Rationality Through Reasoning,* Oxford, Malden MA: Wiley-Blackwell, Blackwell/Brown Lectures in Philosophy.

BULYGIN, E., 2008: «What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: A reply to Susan Haack)», *Ratio Juris,* 21(1), 150-156.

COMANDUCCI, P., 1998: «Principios jurídicos e indeterminación del derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 21(2), 89-104.

DICKSON, J., 2014: «Interpretation and Coherence in Legal Reasoning», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition) (*online*), Stanford: Stanford University (consultado el 3 de marzo de 2015). Disponible en *http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret/*.

DWORKIN, R. M., 1978: *Taking rights seriously (with a new appendix, a response to critics),* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

— 1986: *Law's empire,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

HAACK, S., 2007: «On logic in the law: Something, but not all», *Ratio Juris,* 20(1), 1-31.

MARANHÃO, J. S. A., 2009: «La lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 32, 229-254.

MORESO, J. J.; REDONDO, C., y NAVARRO, P. E., 1992: «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 11, 247-262.

NAVARRO, P. E., y RODRÍGUEZ, J. L., 2014: *Deontic Logic and Legal Systems*, New York: Cambridge University Press. Cambridge Introductions to Philosophy and Law.

PECZENIK, A., 1992: «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 12, 327-331.

PRIETO SANCHÍS, L., 1992: *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RAZ, J., 1972: «Legal principles and the limits of law», *The Yale Law Journal,* 81(5), 823-854.

ROSS, A., 1968: *Directives and Norms,* London: Routledge & Kegan Paul.

VON WRIGHT, G. H., 1951: «Deontic Logic», *Mind,* 237(60), 1-15.

— 1963: *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.

NI ROXIN NI JAKOBS*: ¿NECESITA LA DOGMÁTICA JURÍDICA OTRO REPERTORIO MÁS DE FÓRMULAS VACÍAS?

Minor E. Salas
Universidad de Costa Rica

RESUMEN. Algunas de las ideas de Claus ROXIN y Günther JAKOBS —como representantes de la doctrina llamada *funcionalismo penal alemán*— se ubican en un plano de principios y consideraciones *valorativas* muy generales y abstractas. Sin embargo, en ese plano precisamente **no** hay mucho que discutir racionalmente, pues cualquier afirmación o negación que se haga, siempre puede ser rebatida con una consideración o afirmación *valorativa* contrapuesta. Apelando a abstracciones de la clase invocada por estos autores, o sea, a fórmulas vacías como son: «orientación teleológica», «política criminal», «bien jurídico», «vigencia de la norma», «configuración de la sociedad», «identidad social», «derecho penal del enemigo», se puede llegar casi a cualquier conclusión, incluso absurda. El aporte real, para al *corpus* del conocimiento científico, de estas especulaciones es relativamente escaso o nulo.

Palabras claves: Funcionalismo, derecho penal, política criminal, bien jurídico, derecho penal del enemigo, pena, norma, dogmática jurídica, Claus ROXIN, Günther JAKOBS.

Neither ROXIN nor JAKOBS: Does Criminal Law Theory Need a New Repertoire of Empty Formulas?

ABSTRACT. Some of the ideas of Claus ROXIN and Günther JAKOBS, exponents of German criminal functionalism, are within the scope of general and abstract value-oriented considerations. However, in that scope not much can be rationally argued, since any affirmation or denial can be rebutted by an opposed value-oriented statement. When appealing to the kind of abstractions as cited by the authors, which are in essence empty formulas (Leerformeln), such as «teleological orientation», «criminal policy», «legally protected good», «validity of the norm», «configuration of society», «social identity», and «criminal law for enemies», you can always deduce almost any conclusion, even the most absurd ones. The actual contribution of these speculations to the corpus of scientific knowledge is relatively little or none at all.

Keywords: Functionalism, criminal law, criminal policy, legally protected good, criminal law for enemies, sanction, norm, legal dogmatic, Claus ROXIN, Günther JAKOBS.

---

* Fecha de recepción: 14 de junio de 2015. Fecha de aceptación: 16 de julio de 2015.

Weder Roxin noch Jakobs. Éste es el título original de este trabajo. Fue escrito para el libro homenaje a Claus ROXIN con motivo de sus ochenta años: (*Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Walter De Gruyter Inc., 2011). Sin embargo, el trabajo **nunca** llegó a publicarse, incluso una vez enviado a los editores en dos versiones (una extensa y otra reducida) y a petición expresa de éstos. Dada esta circunstancia, el artículo se intentó publicar en el libro homenaje al profesor brasileño Dr. Juarez TAVARES que aparecerá, presuntamente, el próximo año (2012) y para el cual fui expresamente

> No hay mejor medio para poner de moda o defender doctrinas extrañas y absurdas, que abastecerlas de una legión de palabras oscuras, dudosas e indeterminadas. Esto, sin embargo, vuelve a estos refugios más parecidos a cavernas de bandidos o madrigueras de zorros que a fortalezas de guerreros generosos.
>
> John LOCKE[1]

> Sólo cabe recordar que la obligación, si es que hay alguna, más recomendable para un «pensador» de profesión es mantener la cabeza fría frente a los ideales dominantes, aun los más majestuosos, en el sentido de que él ha de conservar la capacidad de «nadar contra la corriente» si es necesario.
>
> Max WEBER[2]

> El mal de tomar una hipálage por un descubrimiento, una metáfora por una demostración, un vómito de palabras por un torrente de conocimientos capitales, y tomarse a sí mismo por un oráculo [...], este mal nace con nosotros.
>
> Paul VALÉRY[3]

1. TRES IDEAS FUNDAMENTALES DE CLAUS ROXIN

> No se debe olvidar que la comunidad de los intelectuales [...] está, sea cual fuere el pensamiento sobre ella, más unificada por una forma de piedad hacia los héroes que ella misma se elige, que por el libre examen y el uso crítico de la razón[4].
>
> J. BOUVERESSE

Claus ROXIN ha escrito mucho. Y seguramente mucho de lo que ha escrito sobre derecho penal, a partir de los años setenta del siglo XX, es correcto y representa un aporte para el conocimiento en el derecho. Sin embargo, a mí no me interesa, ni tampoco puedo, examinar todo eso que ha escrito respeto a una gran variedad de temas (*e. g.*, teorías de la pena, autoría y participación, imputación objetiva, teoría de la responsabilidad, derecho procesal penal, derecho penitenciario, teoría del derecho)[5]. Mi objetivo es muchísimo más modesto. Lo que quiero es tomar tres ideas básicas, de carácter general, de lo que él de-

---

invitado a participar por el propio homenajedo y por los editores. El intento resultó también fallido. Al parecer la razón fue, en ambos casos, que el trabajo era demasiado «crítico». Lo más paradójico del asunto es que, siendo el artículo rechazado por los discípulos, los propios maestros citados leyeron el documento y me invitaron expresamente a que lo publicara; por lo que he decidido hacerlo en la revista de más amplia difusión y apertura que existe en el idioma español: *DOXA*.

[1] Citado en BOUVERESSE, 2001: 19.

[2] WEBER, 1985: 540.

[3] BOUVERESSE, 2001: 9.

[4] *Ibid.*, 57.

[5] El profesor ROXIN dirigió, durante mi estadía de varios años en Alemania, tanto mi tesis de maestría como mi tesis de doctorado (en el *Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften*). En ambos documentos (con la calificación de *summa cum laude*) realicé una crítica muy fuerte a la teoría procesal penal que defiende ROXIN. Ahora intento hacer una crítica a su concepción del derecho penal sustantivo (ya no procesal). Si lo logro o no, es una discusión aparte. En todo caso, ése es mi homenaje.

nomina su doctrina «teleológica», «político-criminal» o de «orientación valorativa» y someterlas a un examen, para así determinar cuál es su capacidad real de rendimiento en el plano de la discusión racional.

La *tesis principal* que voy a aventurar respecto a esas ideas es que ellas *no* constituyen un aporte original al saber jurídico-penal y que, más bien, su difusión y fama internacionales, dentro del marco de lo que en la esfera académica se llama funcionalismo penal, obedecen a otros factores, en especial al hecho de que esas ideas se amparan en unas categorías suficientemente vagas, imprecisas e inofensivas como para que se genere algún consenso (aunque sea mínimo) entre los penalistas. Recordemos: todo el mundo quiere escuchar aquello que le gusta y le hace feliz. *Dios ama a quienes nos hacen reír* (POSTMAN). Paso a detallar esas ideas una por una:

1.1. Primera idea: la orientación teleológica del derecho penal

La primera idea fundamental de ROXIN tiene que ver con lo que se denomina doctrinariamente la «orientación teleológica», «funcional» o «racional-final» del derecho penal. Esto parece complicado y, especialmente para una persona ajena al campo, pero acá hemos de hacer un esfuerzo por exponer las cosas en su justa medida y con la claridad debida. Esta orientación teleológica no es más que, en palabras sencillas, la exigencia de que en el derecho penal se trabaje con determinados *fines*. Dice el autor comentado:

> Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema de derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas[6].

Deben existir, por ende, en todo sistema de derecho penal, según ROXIN, un grupo de lo que él denomina «finalidades rectoras» que están en la base de cualquier solución a los problemas prácticos del derecho. No puede ni debe existir una solución jurídica que sea totalmente ajena a esas finalidades. De allí que, nos dice el profesor de Munich, quedan excluidas *a priori* las soluciones «axiológicamente ciegas». Si al momento de resolver un caso concreto se respetan las finalidades valorativas presentes en la ley, entonces se garantiza así la justicia sistemática de la solución. Las finalidades rectoras a las que refiere ROXIN son, según su opinión, finalidades de tipo político-criminal, esto ya que los presupuestos de la punibilidad, o sea, del castigo de una persona, tienen que orientarse precisamente hacia los fines que busca el derecho penal y no hacia otros propósitos ajenos a éste.

> En cambio, cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto en la medida en que ello es posible en un derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley. Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas que sean incompatibles con sus fines. También queda excluida la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas, puesto que en tal caso ya no estarían cubiertas por el punto de partida sistemático[7].

---

[6] ROXIN, 1997, 167-168.
[7] *Ibid.*, 51.

Finalmente, ROXIN advierte sobre los alcances del sistema, mostrando siempre un buen grado de optimismo en aquellos casos difíciles en los que no haya, en virtud de la ausencia o contradicción entre las finalidades valorativas, una solución satisfactoria para todos esos casos. Nos dice:

> Es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en el caso concreto; pero se pueden eliminar mediante correcciones del sistema —y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo— o, cuando se deban a disposiciones legales vinculantes, ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales[8].

Hasta aquí, en apretada síntesis, el planteamiento de ROXIN. Sin embargo, ya en este planteamiento se notan varios aspectos muy problemáticos que denotan la poca fuerza explicativa de su propuesta:

— En primer lugar, no se ve cómo pueda actuarse en el derecho de una forma distinta a la descrita (¿prescrita?) por ROXIN. Yo pienso que él ha sacado a relucir una cuestión muy superficial, o en todo caso, una verdad de Perogrullo. Es decir, no se ve cómo un ordenamiento penal o, para nuestros efectos, la teoría del delito propia de la dogmática actual, no vaya a estar, ora directa - ora indirectamente, orientada hacia unos determinados *fines*, cualesquiera que éstos sean. Si lo que se pretende decir con la expresión «sistema teleológico» o de «orientación valorativa» es simplemente que en la aplicación o creación de una norma concreta (un tipo penal) se busca alcanzar un cierto objetivo o meta valorativos, entonces se ha logrado muy poco o prácticamente nada, pues con esa expresión no se viene más que a ratificar una circunstancia conocida que deviene, a la postre, en una trivialidad o poco menos. En el campo de la teoría y filosofía del derecho se sabe, en realidad desde los tiempos de Rudolf VON IHERING, para no irse mucho más atrás, hasta el propio ARISTÓTELES o incluso hasta los presocráticos, que los *fines valorativos* son los amos del derecho; es decir, que el derecho está impregnado de valores de distintos tipos. Pero, repito, esto es decir poco, y si lo decimos sin reserva, es decir: ¡nada!

No estaría de más —para hacer un experimento mental—, encontrar una norma jurídico-penal que no tenga ninguna meta o fin político-criminal, pues siendo así ella carecería de contenido y resultaría superflua en cualquier comunidad jurídica. Es más: yo invitaría al propio ROXIN, o a cualquier otro jurista de los que afirman que el derecho penal debe orientarse teleológicamente, a que me señale una sola norma en que esa característica no esté presente. ¿Existen estas normas en un ordenamiento jurídico? Uno puede considerar una norma como absurda, desproporcionada, o incluso ridícula; por ejemplo, un tipo penal que sancione a los animales por cometer delitos contra el honor, pero incluso en un caso extremo como éste, la norma tiene un fin: imputarle a algo o a alguien la responsabilidad de ciertos eventos desagradables desde nuestra óptica.

En todo caso, aceptemos, *gratia probandi*, la tesis de ROXIN. Aún así, la verdadera cuestión *no* es lo que él propone de manera muy vaga: construir el derecho penal y la teoría del delito atendiendo a ciertas finalidades valorativas abstractas de tipo político-criminal, sino más bien *definir concretamente* cuáles sean esas finalidades valorativas y

[8] *Ibid.*

mediante cuáles mecanismos específicos realmente se pueden implementar en la práctica judicial. Esa es la verdadera cuestión de fondo, respecto a la cual la dogmática funcional mejor hace *mutis* por el foro. O sea, la cuestión decisiva, y muy difícil por cierto, está en definir, desde una perspectiva tecnológica (para hablar con Hans ALBERT) con qué *medios* racionales e intersubjetivamente controlables se alcanzan los *fines* valorativos establecidos consensualmente *a priori* por un ordenamiento jurídico.

> Los sistemas tecnológicos no tienen, pues, un carácter normativo. Ellos no responden la pregunta: ¿qué debemos hacer?, sino más bien la pregunta: ¿qué se puede hacer cuando se quiere que estos y aquellos problemas se resuelvan de una determinada manera? Dichos sistemas no contienen prescripciones, sino más bien información sobre posibilidades humanas de acción y sus respectivos efectos[9].

Decir que el derecho penal se orienta o debe orientarse según fines o finalidades valorativas es, y me excuso si mi franqueza raya con la grosería, venir a descubrir el agua tibia, o que la rueda tiene la característica ontológica de ser circular; pues la pregunta que inmediatamente surge es: ¿cuándo no ha sido así? Nunca, creo yo, salvo en un idílico País de las Maravillas, como en el que al parecer está pensando ROXIN.

— Pero, en un segundo momento, la cuestión fundamental a esclarecer radica en escoger, dentro de la gran gama de valores que puedan entrar en juego en el derecho penal, aquellos que deseamos tomar en cuenta para adoptar una decisión específica. ¿Cómo hacer justamente eso? Esa es la tarea realmente difícil. La propuesta de ROXIN, según la cual, lo importante es orientar teleológicamente el sistema total del derecho penal es, en realidad, un sofisma o, en el peor de los casos, un engaño, pues viene a *desviar* la mirada del hecho de que lo realmente importante y difícil está en otras comarcas: escoger, llámese elegir *personalmente,* los valores político-criminales específicos en juego que entrarán en la base de la decisión que se adopte al aplicar un tipo penal concreto y resolver un caso controvertido de la praxis judicial misma. El elemento subjetivo aquí es inevitable.

La hipótesis de ROXIN en el sentido de afirmar que las finalidades valorativas de su sistema teleológico son de tipo «político criminal», no nos coloca en una mejor posición metodológica o epistemológica, sino que más bien recrudece la imprecisión semántica inicial y con ello debilita aún más su teoría. Él intenta, como diríamos en mi país, «meternos gato por liebre», pues siempre queda por verse, nuevamente, *cuáles* serán esas finalidades (dimensión personal-valorativa) y *cómo* se determinarán (dimensión tecnológica). No se puede asumir, de manera gratuita como lo hace ROXIN, que existe una suerte de consenso, o poco menos, sobre los valores «político criminales» que han de adoptarse a la hora de resolver un caso práctico. No está de más recordar, como examinaré luego, que los valores político-criminales pueden ser, y de hecho son, tanto los de un régimen fascista o autoritario como los de una democracia formal. Tanto en uno como en el otro caso, las partes alegarán que los valores político-criminales que ellos implementan o llevan a la práctica son los valores correctos y los que se apegan firmemente a la justicia, pues recordemos que la «justicia» es siempre la de los vencedores (ZOLO). De allí que no quede claro, en lo más mínimo, cómo es que, según ROXIN, «cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras

[9] ALBERT, 2000: 52.

del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto»[10]. Parece que esta afirmación es arbitraria o, en el mejor de los casos, una esperanza profesoral producto del *wishful thinking* (HABA)[11] de ROXIN y no una constatación realista, empírica, de la realidad judicial.

1.2. Segunda idea: la relación íntima entre política criminal y derecho penal

Una segunda idea por la cual ROXIN adquirió fama internacional, como fundador del funcionalismo penal, es por haber, presuntamente, introducido las consideraciones político-criminales dentro de la dogmática penal y, específicamente, dentro de la teoría del delito. La idea central, que tiene relación con la primera cuestión ya expuesta, la expresa el autor de Munich en estos términos: «El derecho penal es más bien la forma en la cual las finalidades político criminales son introducidas en el modo de vigencia jurídica»[12]. Derecho penal y política criminal caminan, pues, de la mano, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal. De la mano del autor, se dice:

> Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico[13].

Sin embargo, y visto de manera realista, ésta es una tesis muy insuficiente en muchos respectos. Mejor aún: ¡ella no significa casi nada, más que la retórica propia de la primera idea expuesta! No puede olvidarse que, independientemente de esa abstracta tesis de principio, lo cierto es que la política criminal (si entendemos ésta como una parte de la política social de una comunidad) siempre «penetra» (*eindringt*, dice ROXIN) en las categorías del derecho penal (se quiera o no), puesto que, tal y como certeramente vio Hans KELSEN desde hace mucho tiempo: «El derecho está indisolublemente vinculado con la política». Aún más, se podría decir que la totalidad del derecho penal no es más que política social aplicada. Pero de ser esto así, entonces: ¿dónde reposa la originalidad de la tesis roxiniana? ¿Qué sentido racional tiene postular que las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal...? ¿Acaso es que nos encontramos aquí, al igual que con la anterior idea, ante la confirmación de una nueva verdad de Perogrullo; una nueva patente para la rueda? ¿A qué se debe, pues, la amplísima difusión internacional que ha recibido esta doctrina?

El escrutinio crítico-analítico revela el carácter limitadísimo de la tesis de ROXIN, si es que tomamos ésta en su dimensión realista. Se hace necesario precisar *dos* cosas que el autor, en todo caso, no aclara suficientemente:

---

[10] ROXIN, 1997: 51.

[11] Para el concepto de *wishful thinking vid.* HABA, 2006; *vid.* también: «Standortbestimmung zeitgesössischer Rechtstheorie —Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede) Familie"», 1996: 277 y ss.

[12] ROXIN, 1973, § 10.

[13] ROXIN, 1997: 168.

1. Por un lado, ¿qué significa aquí afirmar que el derecho penal, *i. e.*, la teoría del delito, debe desarrollarse y sistematizarse a la luz de la política criminal? y,

2. Por otro lado, ¿qué significa eventualmente política criminal? ¿A qué tipo de política criminal se está refiriendo?

La respuesta a estas cuestiones brilla por su ausencia en la obra del profesor comentado.

— En cuanto al primer interrogante se refiere, la respuesta que yo doy se insinúa parcialmente cuando uno se cuestiona: ¿cuándo en la historia del derecho penal no ha sucedido que la política criminal influya sobre el contenido de los institutos penales? ¿Cuándo no han estado las categorías jurídico-dogmáticas, aunque ello se niegue en el mundo del *establishment* oficial, influidas por consideraciones políticas? Una observación fría y objetiva del acontecer jurídico revela que durante toda la historia de la dogmática penal, ésta ha estado siempre impregnada (¡y ha sido manipulada!) por las distintas concepciones político-ideológicas de su entorno. La concepción de una dogmática jurídica que no esté influenciada por la política criminal, y más en general, por la política social de una comunidad, es una idea ilusoria y llegado el caso absurda:

— Es *ilusoria* porque confunde lo que *es* con lo que *debe ser* y porque cierra de esta forma los ojos ante una realidad empírico-social que es dominada fundamentalmente por fuerzas políticas y económicas y no por el uso de programas racionales de planificación social o de esquemas prefabricados coherentemente por los agentes de la política criminal. De esta manera, al presentarse como una novedad la tesis de que las categorías jurídicas del derecho penal, o más específicamente de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), han de ser valoradas a la luz de las consideraciones político-criminales, se crea la falsa percepción e incluso la ilusión de que esas categorías, en un primer momento, son de carácter neutral, aséptico y sin un compromiso ideológico definido de antemano. Esto es falso. La dogmática adopta siempre, lo acepten o no sus cultores (incluido ROXIN), un punto de partida político-ideológico, un compromiso valorativo, una visión de mundo, que se lleva a la praxis del derecho de manera regular e inevitable. No hay dogmática penal neutral. No hay teoría del delito inocente. No hay penalistas apolíticos. Todo está en saber cuáles son los valores específicos que defienden y con qué fines.

— Es *absurda* porque no puede existir un derecho penal que no esté, directa o indirectamente, arraigado a las estructuras morales y a las preconcepciones ideológicas, éticas y políticas de una comunidad. La idea de que la dogmática jurídico-penal debe ocuparse exclusivamente del tratamiento intra-sistemático de determinados postulados, deducibles axiomáticamente a partir de otros postulados neutrales más básicos de la teoría del delito, sigue siendo un proyecto utópico del saber jurídico normativista. Esta idea, que ha sido criticada con mucha razón por Hans ALBERT, como un *platonismo de las normas* es el subterfugio de aquellos que ven en el derecho un mero *law in books*, o sea, una concepción profesoral, academicista y falsamente aséptica, y no una realidad contradictoria y en constante cambio (*law in action*).

La doctrina de una dogmática separada teórica y prácticamente de la política —que aún pervive obstinadamente bajo la denominación de *normativismo jurídico*— no merecería, a estas alturas del siglo, ser criticada si no fuera por el hecho de que ella, en una u otra medida, sigue infiltrándose en los discursos de los juristas actuales, como lo mues-

tran las ideas defendidas por el propio ROXIN. Un ejemplo claro de esto, lo constituye la circunstancia de que en la dogmática jurídico-penal se hable, mediante un lenguaje artificialmente simulado, de que el «sistema del derecho penal debe estar condicionado por la política criminal», sin llegar nunca a detallarse analíticamente a cuál política criminal se está haciendo referencia y cuáles medidas específicas de esa política criminal son las que hay que implementar.

— En cuanto a la segunda cuestión arriba planteada (¿qué significa política criminal?) debe indicarse que es, precisamente, en este punto donde los análisis, incluidos los del propio ROXIN, pecan mayormente por inexactos, incurriéndose con frecuencia en una suerte de *Mito del Significado Único* (STEVENSON) o en otros sofismas e imprecisiones de similar naturaleza[14]. La observación de la realidad social revela cómo es necesario distinguir, cuando menos, dos planos distintos respecto al concepto de política criminal:

a) Política criminal podría significar, en primer lugar, simplemente una *disciplina* académica encargada del estudio del fenómeno criminal de un ordenamiento jurídico. Este sentido del término es poco usual, pues el área del conocimiento jurídico que tiene la función arriba señalada es precisamente las llamadas ciencias penales (que incluyen el derecho penal sustantivo, el procesal penal, la criminología, la sociología criminal, entre otras). Dado que este significado del concepto no es el corriente en las discusiones sobre reformas o propuestas sociales para combatir el crimen, se hace necesario referirse a un segundo sentido de esa palabra, relevante para la presente discusión.

b) Política criminal puede significar, en segundo lugar, todo el conjunto de actividades: prácticas y teóricas, racionales e irracionales, empíricas y normativas, tecnológicas y discursivas, que se emprendan en un ordenamiento jurídico para controlar, hasta ciertos niveles, el fenómeno criminal; o sea, la comisión de delitos.

A la luz de esta distinción elemental entre teoría y práctica, entre descripción y prescripción, se cae en cuenta que no es posible, como sucede en muchos casos con las afirmaciones de ROXIN, hablar, sin caer en exageraciones o simplificaciones, de una política criminal como actividad *general* y *única* de un Estado. Es decir, ¡no existe LA política criminal! Lo que existe en todo ordenamiento jurídico es, más que una política criminal sistemática y armónica, coherente e integral, un conjunto de medidas político-criminales dispersas y que no dejan de ser, en gran medida, contradictorias entre sí. Esta situación no puede ser de otra manera, pues al igual que no existe una planificación racional exacta sobre los grandes problemas sociales de la comunidad, tampoco la hay respecto al problema de la delincuencia. Si uno abre bien los ojos frente a lo que pasa en la fenomenología de la vida cotidiana —no dejándose llevar por unas disquisiciones sistémico-académicas o por el *wishful thinking* de unos profetas y reformadores sociales— observará que las medidas contra el crimen suelen adoptarse, en la mayoría de países, de una forma desordenada y oportunista. Es aquí, en este ámbito de las políticas criminales (¡en plural!), donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televiso, la propaganda amarillista, el llamado a las emociones violentas y el show escandaloso de los *mass-media* juegan un papel fundamental. Quien afirme que

[14] SALAS, 2011.

detrás de todo este *mare magnum* de fenómenos sociales subyace una política criminal planificada, sistemática, coherente, no sólo se está engañando a sí mismo, sino que también está haciendo apología de un ordenamiento jurídico cuyas bases pragmáticas escapan en gran medida a la racionalidad técnica del discurso.

1.3. Tercera idea: el bien jurídico desde la perspectiva constitucional

La tercera idea fundamental expuesta por ROXIN en cuanto al derecho penal es su concepto de *bien jurídico*. De casi todos los juristas es conocida la gran ambigüedad que caracteriza esta noción y el largo debate que se ha dado, a lo largo de muchos años, en torno a su alcance y contenido. ROXIN sostiene al respecto la siguiente doctrina básica: el concepto de bien jurídico solo se puede definir y, eventualmente derivar, de los principios de la Constitución Política. La definición que ofrece el autor comentado es ésta:

> Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema[15].

El jurista de Munich considera que, a partir de esa definición del bien jurídico y de su derivación de los principios de la Constitución, es posible extraer varias consecuencias prácticas, como son las siguientes:

1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos.
2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos.
3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos.

¿Qué opinar respecto al concepto brindado por ROXIN y sus derivaciones prácticas (*Ableitungen*)? Pues nada. Se trata, en lo básico, de una seguidilla de *fórmulas vacías*[16] (E. TOPITSCH) cuyo contenido y definición es establecido estipulativamente por el autor mismo, siguiendo el patrón de unos conceptos retórico-emocionalizantes capaces de generar un amplio concepto entre sus seguidores[17]. Nociones tales como: «útiles», «libre desarrollo», «sistema social global», «arbitrario», «finalidades ideológicas», «inmoralidades» pueden recibir, y de hecho reciben, las más variopintas interpretaciones, muchas de ellas contradictorias, pues recordemos que esos conceptos se emplean generalmente para referirse, positivamente, a un cierto estado de cosas para los cuales se requiere aprobación. Visto el asunto con una buena dosis de realismo, nos encontramos acá con unas *definiciones persuasivas* (STEVENSON) que, a la postre, se convierten en *estrategias de inmunización* (Hans ALBERT), pues no se las puede refutar más que esgrimiendo otros juicios de valor opuestos, pero igualmente contingentes. Finalmente, ROXIN tampoco establece de qué tipo de «derivaciones» se está hablando: ¿derivaciones en sentido lógico, empírico, normativo? En fin: más bien el asunto va en la dirección apuntada insuperablemente por TOPITSCH:

---

[15] ROXIN, 1997: 15 y s.

[16] *Vid.* al respecto TOPITSCH, 1960.

[17] Hay que reconocer, empero, que ROXIN mismo admite que: «Un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito no proporciona una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a una ciega deducción conceptual», 1997: 58.

> Lo característico de estas derivaciones consiste en la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que originan ciertas emociones, pero que no expresan nada preciso; adicionalmente, en su uso de definiciones de términos desconocidos por medio de otros también desconocidos y en conexión con premisas no demostradas. La meta principal de estos argumentos reposa en mover a los seres humanos, por medio de la creación de estados emocionales, hacia unos valores o unas acciones determinadas de antemano[18].

Las verdaderas preguntas que hay que formularse, y que ROXIN no se hace, son, sin embargo, las siguientes: ¿qué hemos de entender por esos conceptos? ¿Quién es el llamado a definirlos concretamente? ¿Por qué ha de aceptarse la definición estipulativa de bien jurídico propuesta por ROXIN? ¿Cuáles son las ventajas comparativas (en el plano pragmático o de la realidad empírico-judicial) de asumir esa definición y no otra? O sea, ¿cuáles son las consecuencias prácticas de una definición como la brindada del concepto de bien jurídico? ¿Por qué y sobre qué base, empírica o valorativa, se dice que las conminaciones penales arbitrarias, las finalidades ideológicas, y las inmoralidades no lesionan bienes jurídicos? ¿Cómo sabe ROXIN eso? ¿Se trata de un conocimiento, de un prejuicio suyo o de un postulado valorativo axiomático?

Adicionalmente, hay que tomar muy en cuenta lo siguiente: ¿Qué significa acá la «Constitución Política»? ¿Cuál «Constitución Política»? Al parecer ROXIN pasa por alto, con la inocencia digna de un *bon homme*, que de la Constitución Política se puede derivar prácticamente cualquier cosa: monstruo, fantasma o quimera. ¿No ha aprendido él esto de la historia alemana del siglo XX? ¿Acaso habrá que repetir lo expuesto por Bernd RÜTHERS[19], de que los alemanes han vivido bajo cinco regímenes políticos radicalmente diferentes sin tener que modificar, en muchos casos, ni una jota de sus textos legales? ¡No, profesor ROXIN! La Constitución Política dice lo que los jueces dicen que ella dice. El resto es *storytelling*, al decir de SALMON[20]. Mientras que las finalidades de una Constitución Política no sean interpretadas de manera instrumental, sino retórica, no empírico-descriptivamente, sino normativa y funcionalmente, entonces la mentada Constitución seguirá siendo una Caja de Pandora, de la cual se extrae lo que a uno le plazca o poco menos, según las circunstancias ideológicas, morales y políticas del momento.

En realidad, y como ya se ha repetido una y otra vez en este artículo, en el plano de los principios y de las valoraciones generales es fácil refugiarse. Allí no se corren los peligros de la discrepancia y del disenso. Lo que sí se corre es el peligro de quedarse con unas categorías de análisis espectral, vacías, con un contenido emocional. Pero entonces habrá que tomar en cuenta lo que dice Th. ARNOLD: «Cuando los hombres observan la conducta a la luz de principios que consideran sagrados o inconmovibles, entonces surgen sacerdotes y no científicos»[21].

La noción de bien jurídico propuesta por ROXIN debería, si es que quiere aprobar un examen analítico de mayor rigor científico, probarse en el campo de los *hechos* y no

---

[18] TOPITSCH, 1988: 29.

[19] B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* [la interpretación sin límite. Sobre la transformación del ordenamiento de derecho privado en el Nacionalsocialismo], Frankfurt: Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 6011), 1973.

[20] SALMON, 2008.

[21] ARNOLD, 1962: XIX-XV.

de las palabras; o sea, de las consideraciones empíricas sobre su alcance y función real en los tribunales. ¿De qué sirve el concepto de bien jurídico propuesto para la solución de un caso práctico? ¿Qué diferencia hace que un juez adopte justamente ese concepto de bien jurídico y no otro? ¿En qué favorece o beneficia esa opción a un imputado en un proceso penal específico? Sobre la respuesta que se dé a esas preguntas debería existir, al menos por principio, la posibilidad de una discusión intersubjetiva, validada por las experiencias, que puedan llevarse a cabo en el derecho penal y procesal penal.

Finalmente, la definición de ROXIN (y otras que aúllan con lobos en la dogmática penal actual) de lo que es un bien jurídico, no toma en cuenta un elemento esencial de la teoría metavalorativa de los postulados axiológicos; a saber, las *antinomias* en los objetivos perseguidos por una misma norma. Así, por ejemplo, «las finalidades que son útiles para un individuo y su libre desarrollo» (ROXIN), de hecho, pueden ser inútiles para otros o incluso, en casos dramáticos, dañinas o peligrosas. Esto se debe, repito, al carácter antinómico de las decisiones valorativas, lo cual significa que es imposible promover un valor sin tener que sacrificar otros, o beneficiar a unos grupos de personas sin que otros resulten afectados en algún grado, aunque sea mínimo. No hay *free lunch*, como dice el adagio popular inglés. Es muy probable, por ejemplo, que la promoción de una amplia libertad de empresa en un determinado ordenamiento jurídico pueda ser muy útil para los empresarios, comerciantes, industriales, etc., pero que traiga consecuencias negativas para los empleados, pues no sería extraño que entre mayor sea la libertad de empresa, menor sean las garantías laborales que se brinden a los trabajadores. Una consideración de idéntico carácter metodológico ha de tenerse siempre en cuenta en el derecho penal y procesal penal, consideración ésta que está ausente de las reflexiones del penalista alemán sobre el tema referido.

Pasemos ahora al segundo autor comentado: El profesor de Bonn, Günther JAKOBS.

2. TRES IDEAS FUNDAMENTALES DE GÜNTHER JAKOBS: O JAKOBS PODRÍA SER UN AUTOR INTERESANTE, PERO...

> Este hombre *triunfa*: por tanto, a pesar de los tontos y de los envidiosos, es un espíritu glorioso y capaz. Imitémoslo si podemos y estemos de su parte en toda ocasión, aunque sea para no pasar por imbéciles.
>
> Cit. por J. H. BORNECQUE[22]

¡Podría ser interesante, pero.... *no* lo es, y esto aunque «triunfe»! Y con esta denuncia me corro el riesgo de pasar por imbécil. ¡Pero, ni modo! La razón para mi juicio reposa básicamente en dos aspectos: *a)* Primero, el lenguaje y la presentación de la doctrina funcional de JAKOBS son innecesariamente oscuros y abigarrados; y *b)* segundo, su obsesión por las explicaciones y el lenguaje «técnico» de la teoría de sistemas (¿de su mentor LUHMANN?) hace que incurra, respecto a algunas ideas, en explicaciones unilaterales, exageradas o, incluso, falsas. A mí me parece que adherirse incondicionalmente a un sistema de pensamiento —no importa cuál sea éste o cuál sea

[22] BOUVERESSE, 2001: 157.

su naturaleza teorética—, significa limitarse innecesariamente en el horizonte que se tenga y en la amplitud y profundidad de miras. Por eso es que parece tan pertinente el consejo expuesto hace ya muchos años por un pensador latinoamericano cuando decía que lo mejor en la actividad intelectual no es *pensar por sistemas, sino por ideas para tener en cuenta* (VAZ FERREIRA). En lo particular, opino que esta observación es, en la vida intelectual, de una enorme importancia, pues casi la totalidad de reflexiones que se publican actualmente en el campo jurídico, pero también en otros ámbitos, van exactamente en la dirección opuesta; que es, precisamente, casarse ciegamente con un autor o un sistema teórico y a partir de allí meter todo —a fuerza de clavo, martillo o sofisma— dentro de ese sistema, ignorando o descartando las ideas opuestas o complementarias que provengan de otros autores o doctrinas contrarias. Así el dogma está garantizado. De ahí la pertinencia de un epígrafe de ROUSSEAU como el siguiente:

> Habiéndose apoderado de todos ellos [de JAKOBS y acaso hasta de ROXIN] el furor por los sistemas, ninguno procura ver las cosas como son, sino como estas se acomodan a su sistema[23].

Antes de discutir algunas ideas fundamentales del Prof. JAKOBS me gustaría ilustrar, con ejemplos concretos, uno de los aspectos denunciados; a saber, la innecesaria *oscuridad* de su doctrina penal. El propósito de poner estos ejemplos no es, como podría suponerse, criticar una cuestión puramente estilística o incurrir en un *ad hominem* innecesario contra el profesor de Bonn, sino algo mucho más fundamental: lo que quiero hacer es *higienizar*, valga la expresión quirúrgica, las ideas expuestas por JAKOBS para así demostrar que lo que dice no es, en algunos casos, más que ideas conocidas desde hace mucho tiempo en el derecho penal, solo que ahora disfrazadas y edulcoradas con un lenguaje abigarrado. De allí que, si de darle una recomendación a JAKOBS se tratara, habría que hacerlo junto con Karl POPPER:

> Lo peor —el pecado contra el espíritu— se da cuando los intelectuales intentan presentarse frente al prójimo como grandes profetas e intimidarlos con oscuras filosofías propias de un oráculo. Quien no pueda expresarse clara y sencillamente, entonces que se calle y siga trabajando hasta que lo pueda decir todo de manera clara[24].

Unos cuantos ejemplos de lo dicho, tomados al azar:

> La ciencia del derecho penal tiene que indagar el verdadero concepto de derecho penal lo que significa destacarlo como parte del entendimiento que la sociedad tiene de sí misma. El éxito de esta empresa no está garantizado, pues puede que circulen comunicaciones bajo la rúbrica de «derecho penal», sin pertenecer a su concepto[25].

¡Lo siento Prof. JAKOBS, pero no se le entiende y si se le entiende es muy mal! Cabe preguntarle a usted —sin ánimo malsano de importunar— cosas como estas: ¿Existe un «verdadero» concepto de derecho penal? ¿Cómo saber cuál es ese concepto? ¿El concepto que establezca usted mismo o algún otro autor es el verdadero?

---

[23] *«La fureur des systèmes s'étant emparée d'eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s'accordent avec son système»*, citado en HABA, 2006: 231.

[24] POPPER, 1984: 100

[25] Una advertencia importante: ésta y la cita que sigue las he tomado de una traducción al español de Teresa Manso Porto (JAKOBS, 2004: 27); por tanto, no puedo asegurar que éstas sean las palabras exactas de JAKOBS en el original en alemán. En todo caso, esto no es relevante, ya que mi intención acá es criticar la poca claridad en las ideas y pensamientos de JAKOBS.

¿Cuáles son los criterios empíricos e intersubjetivamente debatibles para calificar uno de los conceptos como el verdadero y los otros como los falsos? ¿No será más bien que lo que existe en el derecho, o en cualquier otra disciplina social, son *definiciones estipulativas* (consensuales y relativas), que no son ni verdaderas ni falsas, sino simplemente útiles o no para ciertos fines valorativos? ¿Tiene usted presente esta distinción entre definiciones estipulativas y definiciones reales, o cae más bien en una concepción según la cual hay definiciones «verdaderas»? ¿Y de ser así, «verdaderas» en qué sentido? Además, ¿cómo saber cuáles son las «comunicaciones» que pertenecen al derecho penal y cuáles no? ¿Qué significa la oscura noción de «comunicaciones»? ¿Se refiere usted a definiciones, conceptos, términos? ¿Y si es así, por qué no expresarlo de esa manera?

¿Y qué hay de la afirmación —realmente misteriosa y rodeada de un halo de puro misticismo— de que la sociedad tiene un «entendimiento de sí misma»? ¿Qué puede significar una afirmación como esa? Si uno no se cuida de caer en formas espurias de *naturalismo lingüístico*[26] podría creer que JAKOBS está diciendo acá que existe algo como «La Sociedad» —una suerte de entidad viviente, autónoma, supraindividual— y que esa Sociedad posee una «conciencia» de sí misma, o sea, que esa entidad, cualquier cosa que ella sea, «piensa»[27]. ¿Pero tiene una afirmación semejante algún sentido empírico-racional? ¿Existe realmente La Sociedad? Aún más: asumiendo que haya algo que en términos muy generales, casi metafóricos, se pueda llamar así, ¿tiene sentido, racionalmente hablando, decir que ella posee un «entendimiento de sí misma»? Estas son cuestiones que JAKOBS debería aclararnos a los menos entendidos y familiarizados con la terminología sistémica, pues, repito, son nociones harto difíciles de comprender y, a mí en lo personal, se me parecen a unos fantasmas que sirven para asustar a los niños en las escuelas y, al rato, a los propios estudiantes del Instituto de derecho penal y filosofía del derecho de Bonn.

Pero acá, no termina la historia. En otro lugar, continúa JAKOBS diciendo:

> Es evidente que sin poner el punto de mira en la comprensión que la sociedad ha alcanzado de sí misma o en la que al menos se toma como posible y, lo que es lo mismo, adoptando una perspectiva absolutamente interna del derecho penal, no se puede obtener dicho concepto; al contrario, la ciencia debe tomar conocimiento de la identidad de la sociedad esforzándose por comprenderla[28].

---

[26] Voy a entender por naturalismo lingüístico «aquella tendencia, al parecer antiquísima, de los seres humanos de atribuirle a todos los nombres o sustantivos un correspondiente empírico. Es decir, se trata, finalmente, de la teoría del significados, según la cual el sentido de un término está dado por su referencia (RUSSELL y STRAWSON aluden a una "teoría de la denotación"». *Vid.* SALAS, *op. cit.,* en especial el capítulo dedicado a la magia verbal y al naturalismo lingüístico. En este sentido dicen también C. K. OGDEN y I. A. RICHARDS: «La concepción primitiva consiste, indudablemente, en que el nombre indica, o describe, la cosa. De donde se seguiría de inmediato que por la presencia del nombre uno podría demostrar la existencia de la cosa», citado en mi libro indicado, 64.

[27] La explicación de JAKOBS a este respecto es doblemente oscura: «La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que puede ser siempre configurado de otra manera distinta a como lo es concretamente (si no, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de una configuración, y no en la determinación de un estado, la identidad de la sociedad se determina sobre las reglas de la configuración, o sea, sobre las normas y no sobre los estados o bienes», en: «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?», en la revista *ZStW* 107, 1995: 848.

[28] Importante: *vid.* la nota al pie 25 (*supra*), 27-28.

Resurge aquí de nuevo la duda: ¿cuál es esa «comprensión que la sociedad ha alcanzado de sí misma»? ¿Se trata esa comprensión de un dato empírico, fáctico; es decir, que pueda ser captado, medido o de otra forma aprehendido mediante algún método intersubjetivo o se trata más bien de un elemento supra-empírico, trascendente que ha de ser «intuido» mediante alguna otra forma no-cognoscitivamente aceptada (¿acaso una especie de intuición trascendental *à lo Husserl* o *Hegel*?)?

Algunos otros pasajes, donde la claridad de la doctrina jurídico-penal de JAKOBS brilla por su ausencia, son los siguientes:

> El derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Esto ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. El derecho penal confirma, pues, la identidad social; el hecho punible no es asumido como el principio de una evolución, tampoco como un evento a ser resuelto cognitivamente, sino más bien como comunicación fallida, aunque el error le sea atribuido a su autor como de su responsabilidad. Con otras palabras, la sociedad se mantiene firme a las normas y se niega a captarlas nuevamente. La pena es, en este sentido, no solo un medio para el mantenimiento de la identidad social, sino que es más bien el mantenimiento mismo[29].

Quizá —y a contrapelo de la forma mística de exposición de JAKOBS—, se podría decir lo mismo, pienso yo, pero de una manera mucho más llana, de la siguiente forma: el derecho penal (o mejor aún, las normas que regulan comportamientos de las personas y que son calificadas como normas penales) tienen como objetivo principal que se obtenga la convivencia entre individuos. Además, los delitos tienen importancia, tanto para las víctimas como para los delincuentes, pues generalmente afectan negativamente sus vidas. Todo esto es posible expresarlo, como pueda apreciarse, sin los galimatías de la teoría de sistemas y sin valerse de conceptos intimidantes como «identidad», «sociedad», «comunicación», «sentido». Adicionalmente, surge la duda, al menos una duda razonable, de: ¿a qué se refiere JAKOBS cuando habla de la «identidad de la sociedad»? ¿Posee la sociedad, si entendemos por ella un grupo de personas con múltiples y contradictorios modos de ser, actuar y pensar, algo así como una «identidad»? ¿No se trata todo esto de una hipostación o, en el mejor de los casos, de un símil literario? Esa identidad, que le adscribe JAKOBS a la «Sociedad», ¿es un fenómeno de naturaleza empírica o más bien un constructo normativo?[30] Y si es así, ¿cuáles son los medios para probar su existencia, en especial para aquellos que no crean en esa identidad? ¿Son esos métodos de demostración controlables o no? ¿O se trata más bien esta «identidad» de un ideal regulativo? ¿Y qué significa acá «ideal» (significa: ¿inventado, un ideal valorativo al estilo de WEBER, una metáfora?). Y si es así, ¿cómo ha de entenderse su contenido? ¿Cómo ha de probarse su existencia frente a los escépticos?

Repito, con el riesgo de sonar reiterativo (pero el punto me parece fundamental), creo que acá nos encontramos ante un naturalismo lingüístico espurio, tal y como éste fue descrito por TOPITSCH:

---

[29] JAKOBS, 199: 843 y ss.

[30] ¿Cómo ha de entenderse la siguiente afirmación de JAKOBS?: «Aprensible empíricamente en este proceso es solo el hecho delictivo, el procedimiento penal y su relación entre ambos. No es empíricamente aprehensible la confirmación de la identidad, pues ella no es la consecuencia del proceso penal, sino más bien su significado». [*Empirisch faßbar sind an diesem Vorgang einzig die Straftat, das Verfahren und der Zusammenhang beider; nicht empirisch faßbar ist insbesondere die Bestätigung der Identität; denn sie ist nicht Folge des Verfahens, sondern seine Bedeutung?*]. Me temo que sólo JAKOBS conoce la respuesta.

> De gran importancia para al desarrollo de los sistemas de pensamiento mítico y filosófico [y también jurídico, diríamos nosotros] es, finalmente, la creencia en una relación interna esencial; incluso una identidad, entre la palabra y la cosa. Esto conduce no solo a las distintas formas de magia verbal, sino también y en último lugar, a una especie de realismo lingüístico; o sea, al convencimiento de que la existencia de una palabra equivale exactamente a la existencia del objeto designado. Por esta vía se llega a la construcción de mundos cimentados en esencias lingüísticas imaginarias que, en su mayoría, están impregnadas de muy intensos contenidos emocionales[31].

Yo desde un país, y en general desde un continente, donde el lenguaje, en especial el lenguaje oscuro de los políticos, ha sido brutalmente utilizado para engañar, mentir y hasta para asesinar a las personas, le pido humildemente al profesor alemán que trate de aclarar, para bien propio y de todos, estas cuestiones básicas de su concepción ideológica del derecho penal. Y, finalmente, un verso para su persona:

Mit Worten lässt sich trefflich streiten,
Mit Worten ein System bereiten,
An Worte lässt sich trefflich glauben,
Von einem Wort lässt sich kein Jota rauben

GOETHE[32]

En resumen: lo dicho hasta ahora refleja, esencialmente, dos aspectos que me parecen fundamentales:

1. La poca claridad en la exposición de las ideas, por parte del conocido Prof. Günther JAKOBS, no se limita a un aspecto puramente estilístico o literario, sino que involucra y conlleva elementos tan importantes como el naturalismo lingüístico, la confusión entre definiciones estipulativas y definiciones reales, la promulgación —sin dar razones para ello— de presuntas entidades supraindividuales a las cuales se les adscribe, por vía de la hipostación lógica, características propias de los individuos, el uso retórico-emotivizante de unos conceptos como «sociedad», «comunicación», «identidad», «sentido», «norma», todo lo cual implica una suerte de *magia verbal*, entre otras cosas; y
2. Una concepción insuficiente de las relaciones y de la interacción social arraigada, en lo básico, en una visión holista, esencialista y arbitrariamente idealizada del conglomerado social, lo que da pie a unas «falacias del Todo» (SAVATER); o sea, a una doctrina de las conductas humanas como formando parte de un presunto «Sistema» (mecánico y orgánico) de relaciones, obviando así la naturaleza contradictoria, conflictiva, impredecible y heterogénea de los agentes sociales y sus comportamientos reales.

Dicho esto, entremos ya en la sustancia del derecho penal. Considero que tres ideas centrales de JAKOBS al respecto son las siguientes:

---

[31] *Vid.* TOPITSCH, 1988: 8-9.

[32] Con las palabras se puede primorosamente discutir,
Y con las palabras incluso un sistema construir,
En las palabras primorosamente hay que confiar,
Y a una palabra ni una Jota se le ha de robar (GOETHE).

2.1. Primera idea: el concepto de pena y la función del derecho penal

JAKOBS defiende un concepto de pena particularmente distinto a lo que se estila en estos momentos dentro de la dogmática penal internacional, así como una función para el derecho penal que escapa de la tradicional convivencia pacífica entre los individuos, todo ello partiendo desde una perspectiva «sistémica» del derecho, como se le suele llamar. Respecto a la función de la pena, algunos pasajes servirán para exponer las opiniones del penalista alemán:

> La pena es siempre reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma...[33].

O también:

> Sería absurdo «querer un mal porque ya se ha dado otro mal», y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su «carácter superficial». La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada[34].

Sigue JAKOBS señalando:

> La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: se le priva de medios de organización. Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena[35].

Y concluye su argumento de la siguiente manera:

> Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma[36].

¡Unos textos prácticamente incomprensibles! ¿Cuántos monstruos pueden emerger de estas praderas? Yo creo que, para efectos de una crítica posterior, unos pasajes como los citados se pueden «traducir» (valga la expresión gráfica) a un lenguaje mucho más llano, en los siguientes términos algo simplificados:

1. Las leyes penales existen y son promulgadas para que las personas las cumplan, y de esa forma se promueve la convivencia entre los individuos de una comunidad determinada.
2. Las leyes deberían (plano del deber-ser o valorativo) respetarse.
3. Si las personas no respetan esas leyes, o sea, las infringen, entonces, por lo general, se generan consecuencias negativas, como puede ser que se le prive al infractor de su libertad.

Ahora bien: examinemos con serenidad este razonamiento. ¿Qué se ha dicho nuevo que ya no se supiera, o mejor aún: cuál es la novedad en el argumento del

---

[33] JAKOBS, 1993: 5.
[34] *Ibid.*, 6.
[35] *Ibid.*, 9.
[36] *Ibid.*, 9-10.

Prof. JAKOBS? Ninguna, creo yo. Desde cierta perspectiva, su tesis resulta un lugar común desde el momento mismo en que se decide implementar un grupo de regulaciones normativas; o sea, desde que existen las reglas; pues tal y como se dice en la vida ordinaria: «las leyes están para cumplirlas». JAKOBS lo que ha hecho, únicamente que valiéndose de un aparato conceptual innecesario y hasta disimulador, es anunciarnos lo que ya de por sí sabemos: la «vigencia de la norma» y su respectiva «estabilización» por medio de la pena, la cual se erige como una «réplica» al infractor. ¡La buena noticia que cabe extraer de estas observaciones es, dicho con un poco de humor, que el Prof. JAKOBS ha descubierto lo que ya se sabía desde la promulgación del Código de Hammurabi... y todo esto en pleno siglo XXI!

Sin embargo, e independientemente del lenguaje en que se ponga, los puntos álgidos son los que precisamente JAKOBS *no* menciona y *no* examina con el detalle requerido. Regresemos a algunos de sus comentarios. Por ejemplo nos dice: «La pena es siempre reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma»[37]. Pues sí. Como ya se dijo en lenguaje ordinario, las leyes están para respetarse (en el plano del deber ser). ¿Quién sería suficientemente despistado para no saber esto? Pero, ¿qué sucede si la norma es absurda porque las circunstancias sociales ya han cambiado o qué pasa si los supuestos de hecho que se quería regular con esa norma se han modificado notablemente? ¿Han de observarse las normas independientemente de su contenido? ¿Existen excepciones a la tesis postulada por JAKOBS y cuáles son esas excepciones? ¿Cuándo específicamente ha de aplicarse la regla y cuándo la excepción? Nadie pone en duda que cuando una mayoría está de acuerdo con el supuesto fáctico regulado por la norma, entonces ésta se aplica. Pero justamente esos no son los casos problemáticos. Los casos problemáticos, de los cuales se ocupa la teoría y la metodología del derecho, son aquellos donde hay una discrepancia entre lo que la norma regula y lo que socialmente se considera necesario o «justo» regular.

Aún más problemáticos son los supuestos donde la norma resulta manifiestamente desproporcionada o absurda, por ejemplo, por un error en la redacción, o porque ella se ha convertido en un instrumento para lograr fines abiertamente arbitrarios. En esos casos: ¿debe ella aplicarse (para mantener la «identidad de la sociedad») a pesar de las consecuencias prácticas que traiga en la vida de los individuos concretos? Según recuerdo este problema ha sido examinado históricamente en muchas ocasiones, inclinándose la balanza hacia un reconocimiento de que la norma considerada como arbitraria (más allá de lo que se vaya a entender por esto) no deberá aplicarse al caso particular. Al respecto es muy conocido el planteamiento de RADBRUCH (la llamada «fórmula de RADBRUCH), según la cual:

> El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe resolverse de tal suerte que el derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, mantenga también la primacía incluso cuando sea, en su contenido, injusto e inadecuado, al menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable y extrema que se convierta en un «derecho injusto», donde ya no se aspire siquiera a la justicia, y donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, sea negada conscientemente en la creación

[37] *Ibid.*, 5.

> del derecho positivo, pues aquí la ley no solo es un «derecho injusto», sino que escapa a la naturaleza misma del derecho[38].

En todo caso, y más allá de si se esté o no de acuerdo con la solución de RADBRUCH al problema de las normas injustas, lo cierto es que JAKOBS, al formular planteamientos tan drásticos sobre la «vigencia de la norma», no considera expresamente posibilidades donde la vigencia normativa ha de ceder frente a otros requerimientos valorativos. Es cierto que el autor *no* indica, y sería atribuirle ideas que él *no* ha expresado, que la vigencia de la norma y la estabilidad del sistema normativo sean valores absolutos que no puedan ceder frente a otros criterios; sin embargo, el énfasis excesivo en este aspecto hace que exista una duda razonable sobre lo que allí se dice y sobre todo sobre las consecuencias prácticas que de allí se deriven si se aplicarán al pie de la letra, en la vida judicial, sus planteamientos.

2.2. Segunda idea: el concepto de bien jurídico

Uno de los conceptos primordiales del derecho penal es el concepto de *bien jurídico*. Respecto a esta noción no reiteraré acá las muchas definiciones posibles, así como sus respectivas imprecisiones y vaguedades, las cuales son abundantes en toda la dogmática penal, tal y como se vio en la crítica de las ideas de ROXIN. Lo que interesa por ahora es recoger lo que al respecto dice específicamente JAKOBS y examinarlo en sí mismo. Veamos.

> Por eso —aún contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal[39].

Y continúa agregando:

> Lo que constituye una lesión de un bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable[40].

En este caso, lo que JAKOBS establece es simplemente una *definición estipulativa* de un concepto (el de bien jurídico), pero lo que no se contesta ahí son cuestiones fundamentales como las siguientes: ¿por qué «se debe definir» el bien jurídico en esos términos y no en otros? Es decir, ¿qué tipo de necesidad es la que allí impera: de tipo lógico, ontológico, estadístico...? Pero sobre todo resta saber ¿cuáles son las ventajas prácticas —si es que las hay— de definir el bien jurídico en los términos propuestos por JAKOBS y no en otros términos, por ejemplo, los propuestos por el propio ROXIN? Para dar una respuesta convincente a esta cuestión no basta, por supuesto, con estatuir unas presuntas ventajas en términos abstractos y esencialistas, sino que hay que mostrar, mediante algún tipo de evidencia, que esas ventajas se presentan para la solución de problemas concretos en la praxis del derecho penal. ¿Ha hecho esto acaso el iusfilósofo de Bonn?

---

[38] RADBRUCH, 1999, 216.
[39] JAKOBS, 1995: 35.
[40] *Ibid.*, 36.

Lo que a veces parece olvidarse (y no digo que JAKOBS lo olvide necesariamente) es que las definiciones conceptuales o lexicográficas, siempre tienen un fin puramente instrumental. Es decir, ellas siempre cumplen unos u otros propósitos formales dentro del marco teorético en el que se mueve su autor. De allí que no existan definiciones más verdaderas o menos verdaderas que otras. Por tanto, la discusión en torno a la validez epistemológica de una u otra definición del bien jurídico se revela como ociosa, pues de lo que se trata es de saber *cuáles ventajas comparativas*, sea en el plano del conocimiento teorético, sea en el plano empírico o lógico, aporta una definición respecto a la otra. Pero, al hacer esto, o sea, al preferir una definición sobre la otra, o al intentar convencernos que la definición (A) aporta más elementos explicativos que la definición (B), es el autor mismo de dicha definición el que tiene la carga de la prueba; o sea, es a él a quien le compete demostrar que efectivamente los aspectos que incluye su definición son los más importantes.

Por otro lado, dice JAKOBS que la «lesión de un bien jurídico-penal no es la causación de una muerte [...] sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable»[41]. Pero, ¿por qué se afirma —totalmente en contra del lenguaje ordinario— semejante cosa? Cuando en la vida cotidiana alguien dice que se ha cometido un homicidio, o unas lesiones, o una violación, o un robo violento, se tiene, por lo general, en la mente cosas como: la vida de la persona muerta, la integridad física, la libertad de autodeterminación sexual o la propiedad. ¿Qué se gana con decir que estos elementos no son los realmente importantes para definir el bien jurídico, sino que lo decisivo es la «oposición a la norma»? Pareciera que acá las personas están más bien al servicio de las normas (abstractas) y no las normas al servicio de las personas. Idea que a mí, en particular, me parece odiosa. A una concepción semejante de los tipos penales cabría denominar, de la mano de ALBERT, como mero «platonismo de las normas».

Sin embargo, hay una cuestión metodológica decisiva y en la que JAKOBS tampoco parece reparar lo suficiente. Se trata de lo siguiente: ¿Por qué dice JAKOBS que la lesión al bien jurídico consiste en la oposición a la norma? Es decir, ¿de dónde obtiene él ese conocimiento? ¿Se trata este saber de un dato que ha adquirido por vía de la experiencia o de la evidencia empírica? ¿O es más bien un postulado que se deriva, por vía lógica, de otros postulados también de tipo lógico y en los cuales existe algo así como una necesidad deductiva de algún tipo? Dicho con palabras algo drásticas: ¿qué razones tengo yo —o cualquier otro mortal— para creerle a JAKOBS lo que nos dice sobre cómo ha de entenderse el concepto de bien jurídico? Hemos de aceptar sus afirmaciones sobre la «vigencia de la norma», sobre el «bien jurídico», sobre la «configuración de la sociedad» (y otras alegorías por el estilo) simplemente porque sí o porque él las dice? ¿Se trata su afirmación de un postulado que se recibe por vía de la *intuición* o acaso de alguna suerte de «revelación místico-dogmática»? Y si no es así, ¿mediante cuáles procedimientos, de tipo lógico o empírico, es posible verificar o falsar racionalmente los resultados y conclusiones a las que llega el profesor alemán?

En definitiva: me da la impresión, aunque puede ser que no sea exactamente así, que lo que Günther JAKOBS establece como unos postulados jurídicos relativos al bien jurídico y a la vigencia de las normas son, en realidad, pseudo-proposiciones, o sea,

[41] *Ibid.*, 6.

postulados encriptados por él, o *cripto-argumentos* como le llama SCHEUERLE, y respecto a los cuales no hay forma, al menos explícita, de verificarlos y, consiguientemente, de discutirlos de una manera razonable, por lo que devienen a la postre en *estrategias de inmunización* (ALBERT) frente a la crítica racional. Nos encontramos, pues, nada más y nada menos, que con unas *proposiciones de fe*, dirigidas, bien a creyentes *a priori* convencidos del culto al «sistema», bien a discípulos que aceptan las cosas simplemente porque algún autor famoso, en este caso JAKOBS, las dice, pero que, en realidad, no soportan un examen riguroso y con cabeza fría.

2.3. Tercera idea: el derecho penal del enemigo

Suele suceder en el mundo académico que un autor alcance renombre internacional por una o dos ideas sobre un determinado campo del saber; aunque no sean precisamente esas ideas las más importantes de su producción intelectual. Esto ha sucedido, me parece a mí, con JAKOBS. Él se ha dado a conocer, básicamente, por su doctrina del *derecho penal del enemigo* (*Feindstrafrecht*). Y sin embargo, no creo que esa sea la idea más importante o la más original de su trabajo académico; es más, estoy bastante convencido que es una tesis de segundo o tercer nivel teorético, la cual, además, no es para nada original. A esto me referiré luego.

Por ahora, baste únicamente con decir que la doctrina de JAKOBS sobre el derecho penal del enemigo ha generado, en los más distintos círculos intelectuales, una oposición y un rechazo sin precedentes en la historia reciente del derecho penal. Las críticas son legión y ya hay incluso múltiples monografías especializadas dedicadas exclusivamente a discutir lo que allí se dice[42]. De allí que yo, en lo personal, experimento alguna angustia por referirme a un asunto sobre el cual se ha escrito tanto, contribuyendo, aunque sea indirectamente, a que se debata más sobre una tesis que, repito, estimo de segundo o tercer nivel[43]. Empero, mi excusa, si tal cosa cabe, está en que, desde mi punto de vista, no se ha enfatizado lo suficiente en ciertos elementos críticos a que referiré seguidamente. En todo caso, debemos preguntarnos: ¿Qué es lo que nos dice el Prof. JAKOBS sobre el derecho penal del enemigo, que ha causado tanto revuelo y molestia entre los juristas? En esencia, y dicho de la manera más llana posible, el problema de base es el siguiente:

En una comunidad humana cualquiera hay algunas personas que se comportan correctamente desde el punto de vista de las reglas sociales y otras no. Es decir, hay algunas personas que aceptan y siguen las normas del ordenamiento jurídico y hay otras que no lo hacen. Dentro del grupo de personas que no aceptan ni cumplen con las normas hay, adicionalmente, algunos otros individuos que llevan su comportamiento a extremos inaceptables para una gran mayoría; de tal manera que ya no solo se apartan del ordenamiento jurídico, sino que también buscan *destruir* con cualesquiera medios ese ordenamiento; como por ejemplo, los terroristas o los grupos fundamentalistas

---

[42] Una compilación muy completa es la del propio JAKOBS y CANCIO MELIÁ, 2003.

[43] Advierto: con esto *no* digo que el problema de fondo sea irrelevante o no tenga importancia, digo simplemente que la solución y el planteamiento que se ha hecho no agrega mayor cosa de la que ya de por sí habían visto autores clásicos como HOBBES o el mismo KANT.

extremos. Para las primeras personas, o sea, aquellas que sí cumplen con el ordenamiento, se puede decir, afirma JAKOBS, que se aplica un derecho penal del *ciudadano,* mientras que para las segundas —las que quieren destruir el orden social— un derecho penal del *enemigo.* La denominación «derecho penal del enemigo», según la opinión del propio autor, no debe emplearse peyorativamente. Además, ambos modelos (el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo) han de ser interpretados como unos «tipos ideales».

Pero dejemos que sea el propio profesor de Bonn quien nos presenté el asunto:

> Cuando en el presente texto se hace referencia al derecho penal del ciudadano y al derecho penal del enemigo, ello [es] en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro [...] Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas de un solo contexto jurídico-penal[44].

Además, indica el autor alemán:

> En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «derecho penal del enemigo» no es, por principio, peyorativa[45].

En cuanto a los conceptos de ciudadano y de enemigo dice JAKOBS:

> Por tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad y, por el otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad[46].

Los ciudadanos, que se comportan según el ordenamiento jurídico, afirmando así la «vigencia de la norma» y contribuyendo a la «configuración de la sociedad», se han de juzgar como «personas», mientras que los individuos que se apartan de la norma y rechazan con ello el sistema jurídico, son *no-personas*, o sea, enemigos. Citemos nuevamente a JAKOBS:

> Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona[47].

Y señala de seguido:

> Por tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena, aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede [...] de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, derecho penal del enemigo...[48].

Dentro de la enorme cantidad de críticas que han recibido estas ideas de JAKOBS, se han dicho muchas cosas, como las siguientes: (1) El derecho penal del enemigo *no* es derecho (Bernd SCHÜNEMANN). (2) Un fantasma recorre los territorios del derecho penal: el fantasma del enemigo. JAKOBS cree haber descubierto a ese enemigo y lo ha declarado como existente en varios trabajos e incluso ha recomendado cómo hay que

---

[44] JAKOBS, 2004 (3/2004): 88.
[45] *Ibid.*, 88.
[46] *Ibid.*, 92.
[47] *Ibid.*, 92.
[48] *Ibid.*, 89.

lidiar con él (Karl Heinz GÖSSEL). (3) La semántica, desde todo punto de vista repulsiva, de un derecho penal del enemigo, no debería, para evitar grandes malentendidos, encontrar cabida en la terminología de la ciencia jurídico-penal (U. KINDHÄUSER). (4) El derecho penal del enemigo no debe existir (Demetrio CRESPO). (5) El derecho penal del enemigo «atenta contra la dignidad humana», incluso en supuestos de *lege ferenda* (VORNBAUM), etcétera.

¿Qué opino yo respecto a todo lo dicho?

¡No mucho! En lo personal no me impresionan ni las tesis de JAKOBS ni las de sus adversarios. Ni a favor de los Tirios ni de los Troyanos. Más bien creo que varias de las críticas apuntan hacia aspectos que podríamos llamar «cosméticos», o sea, secundarios, en la concepción del autor germano Y en cuanto a la propia doctrina del derecho penal del enemigo, repito, pienso que se asienta en gruesos malentendidos de diverso orden (discusión de palabras, definiciones estipulativas, definiciones persuasivas, indistinción entre el es y el debe, lenguaje y argumentos encriptados, etc.). Si se tratara de brindar mi opinión de la forma más directa y honesta posible a estos respectos, lo expresaría mediante las siguientes tesis puntuales:

Primera tesis: la discusión de moda sobre el derecho penal del enemigo está envuelta con una buena dosis de pedantería e imprecisión conceptual. De uno y otro bando. Pocos se salvan. Se trata, en lo esencial, de un *fraude de las etiquetas*; o sea, de ponerle nombres nuevos a situaciones o problemas viejísimos y conocidos. De esta manera, autores de segunda línea alcanzan fama y notoriedad internacionales, consistiendo realmente sus presuntos aportes en la invención de una jerigonza lo suficientemente técnica y oscura como para embrollar a un buen grupo de seguidores acríticos.

En el caso particular del derecho penal del enemigo, lo que se hace es, con el auxilio de algunas *fórmulas vacías* y de *definiciones persuasivas*, re-plantear el *antiquísimo* problema de qué hay que hacer con las personas que *no* aceptan un ordenamiento jurídico ni un determinado esquema de valores socio-culturales. Puesto en términos algo dramáticos, pero ilustrativos: ¿Qué hace un grupo de personas (por ejemplo, un Estado) cuando otro grupo de personas (unos terroristas) les indica que están dispuestos a destruir todo lo que ellos creen, piensan o hacen? Utilizando una imagen bien gráfica: ¿Qué hago yo si me encuentro a un asesino en serie en el patio de mi casa, amenazando con pistolas y granadas en mano, a mis hijos y esposa y, además, vociferando que no cree en mi sistema de valores, ni en mis dioses, ni en mis cultos, ni en mis virtudes, y que lo mandará todo al infierno si se le permite? ¿Qué hago con él: lo mato, lo encierro, le leo la Constitución Política o la Biblia? ¿Qué hago?

Este, y no otro es el *problema práctico de fondo*, sobre el cual ni los defensores ni los detractores del derecho penal del enemigo tienen la honestidad intelectual y la claridad metodológica para ofrecer respuestas o soluciones *concretas.* Las observaciones que suelen hacerse al respecto se quedan en un «cielo de los conceptos», o sea, de los *principios generales* (dignidad humana, Estado de derecho, garantías constitucionales o «vigencia de la norma», «identidad de la sociedad», «ciudadano», «persona», «no-persona»,...) pero sin llegar a ofrecer una respuesta puntual al interrogante planteado, por lo que cabría recordarles a estos autores la frase de E. GARLAN:

When ultimate principles are appealed to, it is a sign that there is need for intelligence, vision, and investigation[49].

Es bastante evidente que en abstracto uno puede dar diversas y sofisticadas soluciones a un problema como el indicado, pues al final de cuentas, es casi imposible que sobre máximas generales haya desacuerdos importantes; ya que los desacuerdos surgen únicamente cuando se ofrecen respuestas específicas a casos también específicos. Sin embargo, la verdadera dificultad, y el verdadero reto científico, está en otro lugar muy apartado de estas especulaciones: a saber, en la búsqueda de una *respuesta tecnológica*, en el sentido del racionalismo crítico, o sea, de una respuesta que se confirme en la realidad empírica de un ordenamiento jurídico concreto como la más idónea en razón de su reducido número de desventajas y de su amplio número de beneficios, considerados desde cierto plano valorativo. En esa ponderación, propia de una racionalidad instrumental, de costos y beneficios, es probable que surjan *antinomias valorativas*, es decir, que habrá que sacrificar inevitablemente unos valores para implementar otros al igual que habrá que decidirse, personalmente, por unos u otros criterios. Sin embargo, una solución que cubra todos los espectros de la realidad y que, adicionalmente, se presente como neutral, es irrealizable.

Segunda tesis: para evitar que la discusión sobre el llamado derecho penal del enemigo se convierta en una mera *discusión de palabras*, tal y como ya ha sucedido en buena medida hasta la fecha, es necesario distinguir dos posibles abordajes del asunto: un enfoque valorativo-ideológico-emotivizante, que es el que actualmente domina, y un enfoque esencialmente meta-valorativo o meta-ético. Ninguna de estas distinciones es abordada, explícitamente, en las tesis de JAKOBS.

— En el *plano valorativo* todo el mundo puede, si así lo desea, brindar su opinión personal sobre qué ha de hacerse con las personas que quieren destruir el sistema jurídico y ético dominante, por ejemplo, con los terroristas. De hecho, repito, la discusión actual se ubica básicamente en este nivel: alguien dice, por ejemplo, que a esos individuos hay que tratarlos como «enemigos» y limitarles sus garantías penales y procesales o incluso, llegado el caso, encerrarlos en prisiones especiales (tipo Guantánamo); y un grupo adverso de intelectuales dice que eso no debe hacerse pues atenta contra la dignidad de las personas y contra el derecho humanitario internacional. En fin: juicios de valor defendidos a la luz de consideraciones y gustos básicamente subjetivo-ideológicos de sus defensores.

— En un *plano descriptivo o meta-teórico* puede (aunque no necesariamente debe) enfrentarse el problema indicado de una forma valorativamente neutral e independiente de los gustos y preferencias personales del autor, presentando y discutiendo, por ejemplo, las respuestas o soluciones que históricamente se han brindado[50], las conse-

---

[49] GARLAN, 1941: 74 [cuando se apela a principios últimos, es un signo de que hay una necesidad de inteligencia, visión e investigación].

[50] Dice, ROUSSEAU, por ejemplo: «Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en un rebelde y traidor de la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo». La opinión de KANT: «Si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un Estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad, y por ello yo puedo obligarle a entrar en un Estado social-legal o a apartarle de mi lado». El parecer de HOBBES: «A los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad

cuencias prácticas que tiene adoptar una u otra solución, la definición estipulativa de los conceptos utilizados, etc.

De estas dos tesis se colige una última idea:

Tercera tesis: desde el plano meta-valorativo señalado en la segunda tesis, se puede concluir, a propósito del derecho penal del enemigo del Prof. JAKOBS y a título provisional, lo siguiente:

— El problema de los «enemigos» no lo inventó JAKOBS, ni ningún profesor alemán del siglo XXI, sino que es, como problema práctico de la interacción social, algo tan antiguo como la humanidad misma. Creo que en este aspecto el propio Prof. JAKOBS coincidiría conmigo, pues él en ningún momento, hasta donde yo sé, se ha atribuido la paternidad del asunto[51].

— El lenguaje esencialmente disimulador de las discusiones actuales no agrega mayor cosa a ese problema, sino que más bien confunde y genera malentendidos, los cuales dan pie, a la postre, a la gran cantidad de escritos, congresos, seminarios, debates, que se organizan actualmente sobre el tema, pero que contribuyen muy poco a su solución.

— Los autores clásicos, como ROUSSEAU, HOBBES o KANT, quienes se han referido al asunto, tenían la virtud de que, primero, le daban una respuesta concreta al problema y, segundo, tenían el coraje de explicitar su posición valorativo-ideológica, cosa que rara vez sucede en la actualidad, pues nadie querría ser tildado de autoritario, de fascista o, peor aún, de «enemigo» del derecho penal de los ciudadanos.

— Cualquier discusión sobre los «enemigos» y los «ciudadanos» está, de antemano, condenada al fracaso, pues ambos conceptos son, en lo esencial, *definiciones persuasivas* que lo que generan es, más que una presentación racional del problema, un estado de ánimo emocional, inclinando nuestras creencias y convicciones casi automáticamente hacia un nivel vital. Adicionalmente, incluso si aceptásemos esa terminología ambigua como punto de partida, siempre prevalecerá el problema metodológico de saber cuáles son los criterios específicos para definir quiénes serán los «enemigos» y los «ciudadanos» y, más importante aún, *quiénes* son los llamados a definirlos y sobre qué parámetros específicos.

---

ya no se les castiga según el derecho civil, sino según el natural; esto es, no como a malos ciudadanos sino como a enemigos del Estado; y no como por derecho de gobierno o de dominio, sino por derecho de guerra.»), citado en CHAN, 1187 a 1244 (1202-1204).

[51] Al respecto nos dice CHAN, *op. cit*., 1202: «Brevemente debe aclararse que si bien esta idea se encuentra presente en la perspectiva político criminal y en el pensamiento totalitario del régimen nacionalsocialista alemán, lo cierto es que la dicotomía *ciudadano versus enemigo o ciudadano versus extraño o peligroso* utilizada con los fines antes descritos, no es una creación o un monopolio de los nazis. Dicha idea en realidad encuentra sus raíces en algunos autores clásicos de la filosofía política y de la filosofía del derecho liberal. Por eso no es extraño que JAKOBS recurra a la cita de importantes autores clásicos como HOBBES y ROUSSEAU, y no a los autores panfletarios nazis de la escuela de KIEL, con el fin de sustentar la idea de que ciertos sujetos no deben ser tratados como personas sino como enemigos y de que el *status* de ciudadano, y los derechos que le asisten, solamente rigen para algunos».

3. A TÍTULO DE ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES (¡Y DE PROVOCACIÓN!)

Las principales conclusiones generales que yo quisiera extraer de este breve trabajo son las siguientes:

1. Tanto los escritos de Claus ROXIN como los de Günther JAKOBS han dado nuevos bríos a la discusión contemporánea sobre cuestiones jurídico-penales. Esto hay que reconocerlo humildemente. La dogmática penal alemana ha desplegado así sus influencias y efectos en casi todos los países de la tradición jurídico-continental, incluyendo los países de América Latina. Sin embargo, sobre la productividad real de esas discusiones, para efectos de la práctica misma del derecho penal y procesal penal, tengo muchas reservas y son, en realidad, los autores comentados quienes tienen la carga de la prueba sobre la fertilidad de sus aportes teoréticos.

2. Si entendemos por una contribución novedosa al conocimiento científico la presentación de unos postulados teorético-cognitivos que modifiquen sustancialmente nuestra forma de ver la realidad o que explican problemas de maneras antes no contempladas, entonces hemos de advertir que las tesis discutidas en este trabajo (tanto las de ROXIN como las de JAKOBS) *no* son aportes realmente sustantivos al saber jurídico-penal de nuestro tiempo. No digo que dichos autores no puedan haber contribuido en otros aspectos particulares de la dogmática penal (por ejemplo, con la teoría de la imputación objetiva de ROXIN), sino que lo que digo es que sus reflexiones teorético-filosóficas, por las que ellos son mayormente conocidos a nivel internacional, son en realidad ideas de segundo orden, que plantean, en lo esencial, tópicos conocidos hace ya mucho tiempo en la teoría del derecho, en la teoría del Estado o en la filosofía política.

3. La dificultad principal que yo observo en las dos doctrinas expuestas radica en el amplio nivel de *generalidad* con que ellas se formulan. Las definiciones brindadas, por ejemplo, las definiciones de bien jurídico, de política criminal, de orientación teleológica, de derecho penal del enemigo, de derecho penal del ciudadano, de estabilización de la norma penal, de configuración de la sociedad, son, vistas con frialdad, *fórmulas vacías* y *definiciones persuasivas* elaboradas por sus autores de una manera estipulativa, pero con pretensiones, al parecer, de universalidad o generalidad. No se brindan en ellas criterios intersubjetiva y racionalmente debatibles que sirvan para validarlas o, llegado el caso, para refutarlas o falsarlas en la praxis real del derecho penal, por lo que la pregunta formulada en el título de este artículo debe contestarse negativamente: No. La dogmática no necesita de esos «encantamientos del lenguaje» si lo que se quiere es hacer avanzar, en algún grado, el nivel de discusión racional.

4. Aparte de lo indicado sobre el nivel de abstracción y generalidad de las ideas expuestas por ROXIN y JAKOBS, cabe señalar, en especial para el caso de JAKOBS, que muchos de sus planteamientos simplemente no se entienden o, en el mejor de los supuestos, se prestan para grandes mal-entendidos. Ese aspecto es, indudablemente, una lástima, pues JAKOBS entonces genera la impresión de ser una especie de Oráculo que quiere intimidarnos con su lenguaje, y si uno está dispuesto a leer y tratar de comprender sus argumentos, entonces se topa con dificultades casi insalvables.

5. Concluyo, de forma algo dramática, con una expresión de Burkhardt que quizás venga al caso: «Para lograr algo minúsculo, la historia [del derecho penal] necesita muchas veces unos desplantes enormes y un ruido infernal»[52].

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CITADA

ALBERT, H., 2000: *Kritischer Rationalismus. Vier Kapitel zur Kritik illusionären Denkens*, Tübingen: UTB für Wissenschaft, Mohr Siebeck.

ARNOLD, Th., 1962: *The Symbols of Government*, New York, Burlingame: A Harbinger Book.

BOUVERESSE, J., 2001: *Prodigios y Vértigos de la Analogía. Sobre el abuso de la literatura en el pensamiento*, prólogo de A. SOKAL y J. BRICMONT, Argentina: Libros del Zorzal.

BURCKHARDT, J. (sin año de edición): *Weltgeschichtliche Betrachtungen. Über geschichtliches Studium*, J. FEST y W. J. SIEDLER (eds.), Berlin: Darmstadt, Wien: 227-228.

CHAN, G.: «De la hipocresía del derecho tutelar al cinismo del derecho penal para enemigos. (Políticas criminales autoritarias y algunas de sus manifestaciones en el proceso penal juvenil costarricense», en: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, en VVAA: *Derecho Procesal Penal Costarricense*, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1187-1244.

GARLAN, E., 1941: *Legal Realism and Justice*, New York: Columbia University Press.

HABA, E. P., 2006: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid: Dykinson.

— 1996: «Standortbestimmung zeitgesössischer Rechtstheorie -Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede) Familie"», en *Rechtstheorie,* 27, Berlin: Duncker & Humblot, 277 y ss.

JAKOBS, G., 1995: «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?», en *ZStW,* 107.

— 2004 (marzo): «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en *HRRS* (3/2004).

— 2004: «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Teresa Manso Porto, Madrid: Civitas.

— 2993: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Berlin, New York: De Gruyter.

POPPER, K., 1984: «Gegen die großen Worte», en *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, München, Zürich: Pieper.

RADBRUCH, G., 1999: *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, UTB für Wissenschaft, Heidelberg: C. F. Müller.

ROXIN, C., 1973: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, New York: Auflage, Walter de Gruyter, 2.

— 1997: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen und Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. München: Auflage, Verlag C. H. Beck, 167-168.

SALAS, M. E., 2011: *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas comunes en las ciencias sociales*, San José, Costa Rica: Isolma.

— 2005: *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Munich: Verlag C. H. Beck, Münchener Universi-

[52] *Weltgeschichtliche Betrachtungen. Über geschichtliches Studium*, editado por: J. FEST y W. J. SIEDLER, sin año de edición: 227-228.

tätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, Band, 194.

SALMON, Ch., 2008: *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes*, traducción de Inés Bértolo, Barcelona: Península.

TOPITSCH, E., 1988: *Erkenntnis und Illusion. Grundstrukturen unserer Weltauffassung*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 29.

— 1960: «Über Leerformeln. Zur Pragmatik des Sprachgebrauches in Philosophie und politischer Theorie», en E. TOPITSCH (ed.), *Probleme der Wissenschaftstheorie*, Wien: Festschrift für Viktor Kraft.

WEBER, Max, 1985: *Wissenschaftslehre*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 6. Auflage, 540.

DERECHO (TORCIDO) PARA UNA ERA DEMAGÓGICA *

Javier Pamparacuatro Martín
Universidad del País Vasco

RESUMEN. El presente artículo se propone revisar el problema clásico de la decadencia de la ley a la luz de su posible relación con un concepto amplio de demagogia. Tras la introducción, el trabajo se estructura en una parte analítica, la más extensa, y en una parte sintética, conclusiva, y más especulativa. En aquélla, se lleva a cabo un examen de la crisis y anomia en el ámbito del derecho a lo largo de una serie de notas fenomenológicas que son, en definitiva, algunos de los distintos modos de deterioro de la ley en el plano formal y material. La labor de análisis conducirá a una síntesis en la cual se realiza un acercamiento tentativo a la forma en que anomia jurídica y demagogia actual están vinculadas.

Palabras clave: Decadencia de la ley, demagogia, anomia.

Twisted Law for a Demagogic Age

ABSTRACT. The present paper aims to re-examine the classic issue of the decline of law focusing on its possible relationship with a broad notion of demagogy. After the introduction, the article is structured into an analytical and a synthetic, and more speculative, section. The former —considerably larger than the latter— looks into the crisis and anomie in the domain of law through the study of a series of phenomenological features which turn out to be some of the various ways law deteriorates both materially and formally. The task of analysis eventually leads to a synthesis —a discussion which sheds light on the links existing between legal anomie and contemporary demagogy.

Keywords: Decline of law, demagogy, anomie.

* Fecha de recepción: 6 de febrero de 2015. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2015.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la decadencia de la ley y del derecho es clásico. Desde los trabajos de RIPERT y CARNELUTTI, han visto la luz numerosos estudios que se han propuesto investigar las causas y efectos de la crisis y aventurar soluciones. Han abordado el problema desde distintas perspectivas, entroncando la decadencia de la ley con la crisis del Estado moderno, del derecho natural, con la crisis mundial, de la justicia, etc[1]. Lo que puede aportar de nuevo el presente artículo, además de poner de relieve que el problema se ha agravado hasta extremos difícilmente tolerables, reside en su objeto de estudio y en su metodología. En cuanto al objeto, el trabajo trata de elucidar las relaciones que vinculan la situación actual anómica de crisis de la ley con la demagogia, entendida ésta como uno de los tipos elementales y fundamentales de lo político. La demagogia —resultante, según la doctrina clásica, de la degeneración de la democracia[2]— es una realidad que hace patente y tangibiliza la anomia[3] en el mundo del derecho, contribuye a crearla, y además en nuestros días se nutre de ella.

La elección del enfoque de estudio la ha determinado la complejidad del poliédrico problema, es decir, la conciencia de la imposibilidad de abarcar todos sus aspectos e implicaciones. La presente investigación se concentra en abordar la fenomenología de la crisis de la ley, y no otras facetas de la cuestión. Sencillamente, se orienta al estudio de las manifestaciones del problema; se encauza a poner directamente el foco en el «fenómeno» (φαινόμενον), y segregarlo *en la medida de lo posible* de todo lo que no es él: aislarlo de causas, de soluciones o remedios, de pronósticos, de historia; separar también la ley y su producción del doble ámbito de su aplicación y de la administración de justicia[4]. El método seguido en este trabajo pretende llegar a la sustancia a través de lo fenoménico, porque «el fenómeno no tiene sólo la apariencia, sino verdaderamente la sustancia de una degeneración»[5]. Las explicaciones causales e históricas se reducirán por ello a lo esencial. En cuanto a los efectos de la crisis de la ley, sólo he realizado algunas referencias generales que no hacen justicia ni mucho menos a la frondosidad de las patologías jurídico-políticas que manifiesta y produce una actuación legislante

---

[1] PRIETO SANCHÍS, 1998: 22. PRIETO enumera los siguientes: A. C. JEMOLO, 1932: «Il nostro tempo ed il Diritto», *Archivio giuridico*, 107: 129-170; L. MOSSA, 1951: «La crisi del Diritto in Europa», *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, 4: 211-222; G. DEL VECCHIO, 1933: «La crisis del Estado», en G. DEL VECCHIO, 1957: *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 411-449.

[2] En este trabajo, «democracia» significa tanto la democracia helena como los sistemas liberal-democráticos propios de los países occidentales. Con la utilización del mismo término para realidades políticas tan heterogéneas se sigue la práctica de buena parte de la literatura y se pretende destacar la continuidad en lo fundamental de ciertas constantes tales como la deriva demagógica de las «democracias».

[3] «Haciendo siempre referencia a la crisis de los marcos normativos de la acción, [anomia] puede denotar: *a)* vacío absoluto de normas o reglas de acción; *b)* colisión o incongruencia normativa de la que resultan incertidumbre y desorientación prácticas y/o conducta desviada; *c)* falta de asunción, asimilación o reconocimiento de normas legítimas» (GINER, LAMO DE ESPINOSA y TORRES, 1998, 2006^{2}: 27-28).

[4] Conviene distinguir la aplicación de la norma de la jurisdicción, entendiendo por la primera la función, que compete a órganos no jurisdiccionales, de hacer cumplir la ley y las decisiones judiciales y de poner las condiciones para ello. Por supuesto, la distinción no es tajante, ya que, por ejemplo, aunque los órganos jurisdiccionales típicos son los tribunales de justicia, hay órganos administrativos que pueden tener también atribuciones jurisdiccionales (LATORRE, 1968, 1985^{11}: 82).

[5] CARNELUTTI, 1946: 73.

desviada. Y así, por ejemplo, no he abordado la preocupación por la baja efectividad y baja eficiencia de las leyes, es decir, el problema de que no alcanzan los «objetivos» que se proponen y que, cuando lo hacen, es a un coste demasiado alto. Con todo, no conviene deslindar demasiado —y además es difícil, si no imposible, hacerlo— la alteración del derecho de sus consecuencias, porque la propia definición de anomia (*vid.* n. 3) denota tanto la crisis normativa misma como los efectos derivados (y que acaban incidiendo en aquélla y agravándola).

Un supuesto de este estudio es que todos los ámbitos de la cultura están afectados por el proceso anómico y presentan una fenomenología común analizable en una serie de rasgos. En la esfera jurídica, tal serie conforma el conjunto de aspectos que presenta el deterioro de la calidad formal y material de la ley. De algunos de ellos —inflación, debilitamiento, volatilidad, fragmentación-desestructuración—, ya me ocupé en otro trabajo[6]. En el presente, abordaré otros: degradación, huida hacia delante, intrusividad y transmutación. Todos los rasgos apuntan al socavamiento del núcleo mismo de los valores fundamentales del derecho —seguridad en las relaciones jurídicas, seguridad frente al estado, y certeza—, los cuales pueden compendiarse en uno solo: la seguridad jurídica en su sentido más amplio y elevado: «la condición misma para poder pensar en cualquier otra dimensión de la justicia, ya sea la libertad, ya la igualdad, ya la democracia misma. Si falta la seguridad jurídica, no habrá tampoco dignidad humana ni derechos fundamentales»[7].

La ausencia de seguridad jurídica viene dada por la desaparición de las condiciones que la tradición liberal e ilustrada consideraba que debía cumplir la ley: generalidad, universalidad, abstracción, estabilidad, concisión, simplicidad, precisión, publicidad, limitación en número... Según la concepción liberal, si una de las principales funciones del derecho «es precisamente servir de límite al poder del Estado y controlar su ejercicio»[8], el incumplimiento de las condiciones enumeradas acarrea inevitablemente abuso de poder. Por otra parte, cabría preguntarse: *cui bono?* ¿a quién beneficia la vulneración de esas prescripciones? Al ciudadano, evidentemente, no. La anomia o clima de inseguridad e incertidumbre jurídicas sólo beneficia a quien aspira a moverse cómodamente sin trabas en el ejercicio del poder y a perpetuarse en él.

Este estudio se encuadra en las coordenadas del liberalismo y de la concepción liberal de ley, esto es, en las coordenadas de la modernidad. Por supuesto, desde el paradigma rival postmodernista toda la argumentación que se seguirá en estas páginas deja de sostenerse[9]. Sin embargo, en defensa de este artículo señalaré que dicho modelo nunca ha presentado los avales de reacción contra la arbitrariedad del poder que ha exhibido la tradición jurídica y de pensamiento político de los siglos XVIII y XIX. Este hecho ya justifica por sí solo la opción por la tradición y su concepción de ley.

---

[6] «En torno a la crisis del derecho», *Revista de Derecho Político* (en prensa).

[7] LAPORTA, 2004a: 29.

[8] LATORRE, 1968, 1985[11]: 43.

[9] Una visión de conjunto sobre el paradigma del postmodernismo y su antagonismo con la modernidad puede hallarse en diversos trabajos de PÉREZ LUÑO (2007: 17-22; 1993, 2011: 105 y ss.). Conviene distinguir entre postmodernismo y postmodernidad, aunque ambos conceptos se refieren al agotamiento de la modernidad. Mientras aquél «acentúa el aspecto cultural», en la postmodernidad «el énfasis se pone en lo social». El postmodernismo, por tanto, «se refiere a fenómenos culturales e intelectuales» en el plano de la teoría, y «cuestiona todos los principios esenciales de la Ilustración» (LYON, 1994: 21-22).

En el marco liberal y siempre en un horizonte prescriptivo, las leyes son *generales* en cuanto suponen un tratamiento formalmente igual para todos sus destinatarios, en cuanto no constituyen preceptos especiales dirigidos a determinadas personas o grupos sociales. Son *universales* en cuanto son aplicables a todos sin distinciones ni discriminaciones. Las leyes definen un orden *abstracto* de justicia, en el sentido de que regulan conductas-tipo, clases de acciones, y no acciones individuales concretas. Hacen abstracción de las propiedades individuales de los destinatarios para considerarlos sujetos iguales dotados de ciertos rasgos comunes. Son ciegas ante circunstancias económicas, sociales, históricas; no miran a nadie a la cara. Sólo sobre leyes generales, universales y abstractas, simples, concisas, precisas, públicas, escasas, y que además tengan aspiraciones a la estabilidad y permanencia, se evita la arbitrariedad del poder y se genera seguridad jurídica. Sólo sobre ellas el individuo puede planificar su vida con confianza y certidumbre, conocer de antemano y de forma segura el espacio de libertad que se le reconoce y el alcance de la sumisión a los poderes públicos. Más sencillamente: todo individuo puede predecir en todo momento y sin equivocarse cuál será la reacción de los poderes públicos en una situación dada. Éste es el ideal de ROUSSEAU, CONSTANT... La vieja aspiración a un gobierno de leyes, no a un gobierno de hombres.

2. FENOMENOLOGÍA DE LA CRISIS DE LA LEY

2.1. Degradación

La degradación es el rasgo de la fenomenología de la crisis de la ley que tiene una relación más directa con la pérdida, debida a diversas causas, de lo que constituye la esencia del derecho: la efectividad ordenadora, entendiendo por efectividad de una norma la consecución del estado de cosas que se persigue con la misma.

El fenómeno de la degradación de la ley plantea en última instancia el problema de cuáles deban ser las fuentes del derecho, y hace imposible el positivismo jurídico como método[10]. «Nuestros legisladores saben poco o nada de derecho, conciben las leyes como puros y simples imperativos y, en definitiva, *gobiernan legislando*, mandan en forma de ley»[11]. Se confunde así el gobierno (*gubernaculum*) con la producción de derecho (*iurisdictio*). La ley se concibe como un medio o herramienta para lograr un estado de cosas querido por las instancias de poder, convirtiéndose así en mero acto instrumental. La instrumentalización de la ley supuso un giro revolucionario (mejor: involucionario) con respecto a situaciones anteriores. Transcribo el juicio de LEONI (escribía en 1961): «[como consecuencia de ese giro] el proceso legislativo ya no se consideró como fundamentalmente conectado con una actividad teórica de expertos, como los jueces o los abogados, sino más bien con la simple voluntad de las mayorías ganadoras en los cuerpos legislativos»[12].

Al hilo de esta tesis, y situando en una adecuada perspectiva la cuestión que da título al subapartado, es preciso intercalar la idea de que el voluntarismo —la teoría

---

[10] GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999: 102-103.

[11] SARTORI, 1987, 2007: 203.

[12] LEONI, 1961: 168-169. Parece abrirse paso, por lo expuesto aquí, la cuestión de la relación entre estado legislativo y estado jurisdiccional, pero no es posible abordarla en el presente contexto. *Cfr.* SCHMITT, 1932, 1968: 5 y ss.

que considera la ley como producto de una decisión voluntaria de crear el derecho— ha generado una exacerbación legislante que traiciona todos aquellos rasgos fundamentales de la ley que, reiterémoslo, conformaron el ideal jurídico ilustrado: pocas leyes —o el menor número posible—, bien construidas, sencillas, públicas, duraderas y generales, ante las que todos son iguales, y que se aplican mediante procedimientos judiciales comunes. Era un ideal con el que se esperaba liberar a la humanidad tanto del despotismo de los monarcas (ROUSSEAU) como del no menos temible de los jueces (MONTESQUIEU)[13]. La realidad política y jurídica de nuestros días se halla muy lejana de la concepción ilustrada. Las mayorías victoriosas y el ejecutivo ya no se preocupan de las cualidades que deben poseer las leyes, ni de su estructura, ni de la coherencia global del sistema: *ergo* tampoco vacilarán en mostrarse despóticos, ni retrocederán ante comportamientos arbitrarios.

La mala calidad de la ley se origina en el hecho de que en su producción han intervenido unos legisladores que no son jurisperitos. Clásicamente, en el constitucionalismo liberal, la función de elaborar los códigos era reservada a los juristas, y los legisladores se ocupaban de controlar al poder en el ámbito de la ley. En 1953, CARNELUTTI alertaba de que «la función legislativa ahora se desborda del cauce en el cual debería contenerse según los principios constitucionales»[14]. Anteriormente, en 1928, vigente la Constitución de Weimar, Carl SCHMITT ya se hizo eco de este giro. Por su importancia, creo que vale la pena reproducir la cita completa:

> Cuando se fija por ley constitucional quién debe dar leyes, esto no significa, es claro, que este legislador deba utilizar el procedimiento legislativo para fallar procesos y ejecutar actos administrativos y de gobierno. En un Estado de derecho debe imperar «la ley» y estar colocada la total actividad del Estado bajo la reserva de la ley. Con eso quiere impedirse precisamente que las instancias competentes para legislar coloquen su propio imperio en el lugar del imperio de una norma, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes, de las «leyes». Un simple concepto formal de ley: ley es lo que disponen los órganos legisladores en vías del procedimiento legislativo, haría del imperio de la ley un *absolutismo de los órganos legislativos*, suprimiendo toda distinción entre legislación, administración y justicia. Si eso fuera el derecho constitucional vigente hoy, toda la lucha del Estado de derecho contra el absolutismo del monarca habría terminado, introduciéndose, en lugar del absolutismo monárquico, el absolutismo de mil cabezas de los partidos políticos que en cada momento se encontrasen en mayoría[15].

Así es como viene a instaurarse el despotismo legislativo que entreviera y anunciara TOCQUEVILLE[16].

---

[13] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XI, 6. La doctrina de la separación de poderes de MONTESQUIEU sólo reconoce a los jueces la función de «instrumento que pronuncia las palabras de la ley». Las sentencias «deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella». La tesis de MONTESQUIEU sobre los jueces es rigorista, ya que la labor de los tribunales no puede limitarse a la aplicación mecánica de las leyes, sino que debe extenderse, y de hecho se ha extendido, a la interpretación y adaptación de las normas a una sociedad cambiante y a la gran diversidad de problemas que se plantean en la práctica. Sin embargo, ya que no la letra, el *espíritu* de las afirmaciones de MONTESQUIEU es plenamente vigente y recuperable hoy.

[14] CARNELUTTI, 1953: 280.

[15] SCHMITT, 1928: 210. La cursiva es mía.

[16] Así, citando a Jefferson (carta a Madison, 15 de marzo de 1789), TOCQUEVILLE suscribe: «La tiranía de los legisladores es actualmente, y lo será durante muchos años, el peligro más temible. La del poder ejecutivo

Esta deriva autoritaria se ha agravado con la conversión del poder ejecutivo en el verdadero poder legislativo. «El límite entre poder legislativo y poder administrativo, en particular entre parlamento y gobierno, se transgrede cada vez inevitablemente y con más frecuencia»[17], apuntaba CARNELUTTI, reiterando la advertencia que hizo en 1930[18]. Nada de esto habría ocurrido si el concepto de ley no hubiera sufrido variaciones. En el fondo, nos hallamos ante el hecho de que una realidad jurídica nueva está vinculada a una alteración radical de los principios liberal-democráticos. El sistema de división de poderes «sólo tiene sentido en tanto que se entienda por ley una norma general», en tanto «se da por supuesto un previo concepto de ley»[19]. Así es como se explica que la creación de derecho, aumentando algunos grados más la pendiente de su declive, se vea abocada a la *deslegislación*, que mina el principio de la división de poderes y el de legalidad de la administración.

La deslegislación[20], o proceso de cesión al poder gubernativo, o asunción por su parte, de la función legisladora, se realiza de diversos modos y en todas y cada una de las tres fases de la elaboración del derecho (prelegislativa o preparación de la ley, legislativa, poslegislativa o ejecución de la ley). Las Cortes se han convertido en

> apenas una caja de resonancia de las decisiones tomadas por el Gobierno, situación por cierto bien cercana al «registro» de los edictos y ordenanzas, propio de los parlamentos del Antiguo Régimen, a los que asistía tan sólo un derecho de *remontrance*, es decir, de formular pequeñas críticas a tales textos reales[21].

Ya no es siquiera, como decía LEONI, que legisle la voluntad mayoritaria, es que otras agencias de poder no representativas disponen de una facultad normativa directa que les exime a menudo de pasar por el debate parlamentario. Por añadidura, con la deslegislación, el ejercicio de los derechos queda a merced de intervenciones administrativas particulares y difíciles de conocer y entender; se pierde en la tupida normativa administrativa y en el laberinto de la burocracia estatal, aún refugiada a veces en la discrecionalidad. La deslegislación culmina, de este modo, con la asunción de cuotas de poder por parte de instancias administrativas. La deslegislación se torna a la postre burocratización[22]. En relación con este fenómeno, TOCQUEVILLE presagió el dominio

---

también llegará, pero en un periodo más alejado» (TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. I, pt. II, cap. VII).

[17] CARNELUTTI, 1953: 280.

[18] *Ibid.,* 1930: 426.

[19] SCHMITT, 1928: 209.

[20] No deben confundirse «deslegislación», el proceso de pérdida de funciones que sufre el poder legislativo, y «deslegalización», la sustitución de «la regulación legal de determinadas materias por su disciplina a través de otras fuentes jurídicas (jurisprudenciales, principiales, consuetudinarias...)» (PÉREZ LUÑO, 1993, 2011: 121). En la deslegislación hay implicados procesos deslegalizadores, pero no tienen la misma extensión uno y otro concepto.

[21] SOSA WAGNER, 2007: 31.

[22] Como ejemplo de estos procesos, veamos una descripción del fenómeno denominado «legislación en cascada» referido a la normativa de la Seguridad Social: «El legislador delegante remitía al Gobierno la elaboración de la legislación delegada, pero ésta encomendaba su desarrollo a los reglamentos generales que debían ser aprobados por Decreto y que, a su vez, preveían que el Ministro de Trabajo dictaría las correspondientes Órdenes de aplicación. Éstas, por su parte, autorizaban a los órganos administrativos inferiores para resolver las cuestiones que pudieran plantearse en su aplicación, abriendo así la vía para el «derecho subterráneo» de la Seguridad Social. [...] La «legislación en cascada» es además un proceso de delegación normativa que en el primer escalón (el paso de la ley al reglamento) puede incluir una deslegalización y que en su desarrollo termina fragmentando la regulación de la materia» (DESDENTADO BONETE, 1996: 478).

de la administración, o despotismo administrativo, y el peligro que representaba para las sociedades democráticas [23].

Descendiendo a la fenomenología propiamente dicha de la degradación de la ley, observamos que el problema está unido al de la inflación de las leyes y a su correlativo, el debilitamiento de las mismas[24]: «Cuanto más crece el número de leyes, más disminuye la posibilidad de su esmerada y ponderada elaboración»[25].

> El crecimiento cuantitativo determina el decaimiento cualitativo también en el campo de la legislación; las leyes producidas en serie son, con frecuencia, leyes malas; y me refiero especialmente a la imperfección formal que atormenta a cuantos se encuentran en la necesidad de manejar todos los días, con inconvenientes de todo tipo, estos ingenios[26].

En ese nivel formal, destacaré el hecho de que, desde hace años, se ponen en vigor cada vez más leyes técnicamente defectuosas, mal redactadas, oscuras y ambiguas semánticamente, abstrusas, incomprensibles; leyes, en resumidas cuentas, que no están bien hechas ni tienen efectividad. En ocasiones, «la oscuridad y vaguedad de la ley son fines buscados a propósito, con la intención de aprovecharse de esa falta de claridad» y «mantener una incertidumbre que favorezca el uso y aun el abuso [del] poder»[27]. Como ya dijo MONTESQUIEU, el estilo de las leyes debe ser conciso, sencillo, preciso y alejado de la sutileza.

> Es esencial —resalta— que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres. El cardenal Richelieu convenía en que se podía acusar a un ministro ante el rey, pero disponía que se castigase al acusador si las cosas que probaba no eran de consideración, lo cual debía impedir a todo el mundo decir cualquier verdad contra él, ya que una cosa de consideración es totalmente relativa, y lo que es de consideración para unos, no lo es para otros[28].

Puede confeccionarse un nutrido catálogo de enfermedades legales que justifica que en las facultades de derecho los planes de estudio incluyan, como los de medicina, también asignaturas de patología. VANDELLI lleva a cabo un inventario de esos males jurídicos utilizando una jocosa nomenclatura que revela hasta qué punto ha caído en descrédito la ley[29]. VANDELLI habla de legislación ciclotímica, autista, egoísta, esquizofrénica, obsesiva, placebo, anoréxica, présbita, neurótica, verborreica, disléxica, disgregada y en estado confuso. Así, con el curioso nombre de «leyes anoréxicas» designa a las reformas «carentes de alimento». Son aquellas leyes para las que no se prevé financiación alguna, o que se sustentan en instituciones y leyes que en realidad no existen. El legislador contrae compromisos, pero se muestra negligente a la hora de cumplirlos. Por ejemplo, cuando alguna de las múltiples leyes de inmigración opta por la grandilocuente fórmula de «gestión de flujos en origen», está suponiendo, pongamos por caso, que en el África subsahariana existen oficinas consulares capaces de realizar tal tarea.

---

[23] «Los ciudadanos caen progresivamente bajo el control de la administración pública, como sin darse cuenta, se ven obligados a ceder todos los días nuevas porciones de su independencia individual» (TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, pt. IV, cap. V).

[24] «Las leyes inútiles debilitan las necesarias» (MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, XXIX, 16).

[25] CARNELUTTI, 1953: 280.

[26] *Ibid.,* 1930: 429.

[27] LATORRE, 1968, 1985[11]: 44.

[28] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XXIX, 16.

[29] VANDELLI, 2006.

Como semejante cosa no existe, la ley se convierte en papel mojado[30]. Siguiendo con la clasificación de VANDELLI, lo que distingue a la legislación présbita es que posterga para un futuro más o menos lejano la aplicación de la norma: ley présbita es la que regulaba el acceso a las profesiones de abogado y procurador (Ley 34/2006, de 30 de octubre), que entró en vigor en 2011, a los cinco años de su publicación, con el fin de no contrariar a los estudiantes de derecho de entonces y de evitar así que salieran a protestar a las calles[31].

Las leyes «placebo» se dictan con la sola intención de enviar un mensaje tranquilizador al ciudadano transmitiéndole la ilusoria sensación de que los problemas están bajo control. La legislación placebo, en lugar de aportar soluciones inmediatas, se remite a la futura promulgación de disposiciones legales con el único fin de posponer, casi siempre *sine die*, la solución de graves cuestiones económicas y sociales[32]. Ley placebo es la llamada ley de «dependencia» (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), que prevé que las comunidades autónomas lleven a cabo su puesta en práctica efectiva[33]. En una tendencia que ha cundido, el reclamo de lo simbólico se ha extendido incluso al *ius puniendi*. Se ha detectado un fenómeno, denominado acertadamente «derecho penal simbólico», que consiste en dictar reformas del código penal sin pretender que sean eficaces ni efectivas y con el único fin de tranquilizar al público, alarmado por determinados comportamientos delictivos, dándole la impresión de que el gobierno reacciona y toma medidas frente a los problemas. El simbolismo aquí ya no radica en el texto, sino en las mismas intenciones del legislador. Siguiendo la agenda que establecen los medios de comunicación, el poder político tipifica como delito ciertas conductas o agrava las penas de otras ya tipificadas, «creando con ello una falsa apariencia de efectividad y de atención a la opinión pública»[34]. En esta, como en muchas otras áreas, el político tiende, cínica o ignaramente, a creer que, en respuesta a la vivencia pública de un problema, un acto simbólico de carácter público —con harta frecuencia, la improvisación de una nueva ley— es mejor que nada, y, desde luego, mucho menos costoso que una actuación eficaz.

Las leyes placebo de VANDELLI son sólo una especie perteneciente a un género de leyes que se caracteriza por sucumbir a la tentación de la retórica o de lo simbólico. Bajo este género, se incluyen asimismo, como otra «especie», las llamadas «leyes espectáculo», «leyes celofán», «leyes oropel»..., leyes simbólicas *stricto sensu* que no aspiran a cambiar nada, sino sólo a hacer ciertas *declaraciones*[35]. Son leyes que están en las an-

---

[30] LAPORTA, 2004b: 72.

[31] SOSA WAGNER, 2007: 19.

[32] PÉREZ LUÑO, 1993, 2011: 116.

[33] Como se deduce, una ley placebo puede ser al mismo tiempo ley anoréxica, ya que tampoco establece una previsión de procedimiento y medios. La clasificación de VANDELLI no cuenta con criterios excluyentes, y, por esa y otras razones, no es una verdadera clasificación. Su finalidad es hacer la sátira de un estado de cosas, no efectuar una categorización rigurosa y comprensiva.

[34] NIETO, 2007: 111. La existencia del derecho penal simbólico la ha justificado algún autor argumentando que estas leyes, al estigmatizar socialmente comportamientos considerados especialmente odiosos, dan alguna expectativa de disminuirlos o erradicarlos (ZAPATERO, 2009: 178). Como vemos, según los defensores de la ley penal simbólica, el criterio para enjuiciar la bondad de los efectos de dicha ley ya no es triple (eficacia, efectividad y eficiencia), sino único: la *esperanza*.

[35] Volveré a hablar de estas leyes en el subapartado C. Con respecto a la división en dos subtipos de la legislación simbólica, hay que destacar que tiene un paralelismo con la clasificación que GOODIN realizó de las

típodas de lo que debe ser el derecho: leyes muchas veces de propósito pedagógico, de estilo hinchado y redundante, repletas de vacuidades y hojarasca, plagadas de elevados principios, nobles intenciones y grandilocuentes afirmaciones. Aunque su efectividad es, por supuesto, nula, tienen un considerable efecto contaminante. La proliferación de leyes superfluas ocasiona el debilitamiento del ordenamiento jurídico[36].

En general, la legislación «simbólica» no observa la regla de técnica legislativa que preceptúa evitar superfluidades y adherencias que oscurezcan o suplanten la finalidad imperativa de la ley[37]. No es extraño que las leyes puramente retóricas, de casi inexistente contenido normativo, surjan en fechas electorales. En otras ocasiones, la existencia de cláusulas de ese estilo se explica porque el objetivo de lograr que una ley sea respaldada por grupos políticos y sociales muy diversos sólo se puede alcanzar conciliando en ella intereses y valores distintos e incluso contrarios[38] (este cometido lo cumplen las leyes que VANDELLI llama «esquizofrénicas»).

El elenco de VANDELLI es susceptible de ser completado con otras varias etiquetas del mismo tenor que designarían otros tantos tipos de trastornos. Por ejemplo, bien podemos utilizar la denominación de leyes «obsesivo-compulsivas» para identificar aquellas leyes que pretenden desarrollar ellas solas de forma pormenorizada aspectos que en rigor son competencia del reglamento. En este caso, el reglamento no viene a complementar la ley, sino a ejercer sobre ella un influjo mimético. La ley «entonces termina adoptando una fisonomía reglamentista y prolija, repleta de particularidades y excepciones»[39]; se vuelve «tecnicista, minuciosa, rígida»[40].

Continuando con la hipotética clasificación que «completaría» la que realizó el autor italiano, pueden denominarse leyes «bulímicas» a las leyes de objeto múltiple, aquellas leyes que abordan varias cuestiones conjuntamente, leyes ómnibus resultado de un cambalache político. Ante la imposibilidad de lograr el consenso en torno a una determinada cuestión, «se opta por abordar varias conjuntamente, de manera que cada una de ellas se convierte en moneda de cambio frente a las demás». Las fuerzas políticas no se toman el tiempo de argumentar racionalmente para llegar a acuerdos acerca de cuál sería la mejor regulación en cada materia, sino que se limitan «a ceder frente a otras fuerzas aunque no estén de acuerdo con ellas, a cambio de no encontrar oposición en relación con algún otro aspecto de su interés»[41]. Sin embargo, no siempre las leyes ómnibus obedecen a la necesidad de conseguir acuerdos, ya que a veces sólo constituyen un hábito político vicioso. Una muestra reciente de abigarramiento normativo exacerbado que responde a esta causa la proporciona un «macrodecreto»

---

políticas distributivas «simbólicas». Estas se dividen en «una variedad que promete recompensas materiales futuras», y en otra, «principalmente "afectiva", que juega con las emociones que cohesionan a los grupos sociales y que en absoluto comporta distribución de beneficio material alguno» (GOODIN, 1977: 383).

[36] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XXIX, 16.

[37] En 1962, ya se informaba en España de este defecto de técnica legislativa en un ejemplo «elegido al azar al abrir un repertorio de legislación», la Ley de Instrucción Primaria, de 17 de julio de 1945, «que innecesariamente contiene preceptos que son más propios de un tratado de Pedagogía» (BATLLE VÁZQUEZ, 1962: 212).

[38] ZAGREBELSKY, 1992: 37-38.

[39] PRIETO SANCHÍS, 1998: 27.

[40] A. LA SPINA y G. MAJONE, 2000: *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 35. Citado en LAPORTA, 2004b: 45.

[41] MARCILLA CÓRDOBA, 2005: 183.

del gobierno del PP: el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Convalidado en el Congreso por la mayoría absoluta del partido en el poder, consta de 47 medidas que modifican hasta 26 normas vigentes y que abarcan un amplio abanico de materias: incentivos fiscales para autónomos, privatización de AENA, liberalización de horarios comerciales, comisiones de pagos con tarjetas de crédito, incentivos a la contratación de menores de veinticinco años, regulación de las agencias temporales de colocación, carrera militar, entre muchas otras. La tramitación por medio de un decreto-ley de esta ley ómnibus, o «bulímica», le hurtó al parlamento las funciones de deliberación y debate sobre medidas importantes. La mala técnica consistente en incorporar en un mismo texto materias inconexas[42] se aúna con la desnaturalización de la institución política y con la utilización abusiva de una disposición legislativa provisional que el gobierno sólo puede dictar, según establece la Constitución en su art. 86.1, «en caso de extraordinaria y urgente necesidad». En este sentido, es preocupante el frecuente uso inadecuado que, en especial en los últimos años, se ha hecho del decreto-ley, y que convierte de hecho a esta figura excepcional en la forma ordinaria de legislar.

Dejando aparte taxonomías imposibles, especial atención merecen, en el caso español, las leyes de acompañamiento que, desde hace años, se asocian a las de presupuestos (con un efecto mimético, cómo no, en las 17 comunidades autónomas, que también tienen sus respectivas leyes de acompañamiento a las leyes de presupuesto). En pocas palabras, y sin entrar en tecnicismos, son, como denunció García de Enterría, leyes ómnibus, legislación en bloque de contenido extenso, complejo y casuístico, sin relación directa con gastos e ingresos, que de forma asistemática e inmotivada cuela de rondón expeditivas modificaciones que descabalan de variados modos el ya profuso, confuso y precario ordenamiento existente. Con su mezcla de normas instrumentales, normas singulares y normas intrusas, la ley de acompañamiento es «un texto legal que, dicho crudamente, vulnera todos los criterios prudenciales del arte de legislar, las pautas mínimas de la técnica legislativa y no pocas de las exigencias legales del procedimiento legislativo»[43]. Se trata de un auténtico tornado legislativo que puntualmente cada fin de año «lleva la confusión y la indeterminación del derecho positivo a extremos difícilmente imaginables, y quizás más difícilmente aún controlables y reducibles a sistema»[44]. Siendo este escenario alarmante, lo más grave es que las modificaciones introducidas se deben al arbitrio e improvisación de los servicios administrativos, y no a la racionalidad legislativa manifestada en los debates de las Cámaras. Poco parecen haber importado la interposición de reiterados recursos de inconstitucionalidad, la inquietud y la alarma de los juristas y las frecuentes denuncias de los organismos más importantes de la administración consultiva en contra de esta práctica[45]: la costumbre de las leyes de acompañamiento traslada de hecho la potes-

---

[42] Tenemos la ocasión de observar en relación con las leyes bulímicas un nuevo elemento de degradación de la ley, al quedar vulnerado en ellas el precepto de técnica legislativa que exige la correspondencia estricta entre el título de la ley y el articulado o parte expositiva.

[43] Laporta, 2004b: 72.

[44] García de Enterría, 1999: 88-89.

[45] En contraste, el Tribunal Constitucional ha avalado en repetidas sentencias las leyes de medidas o acompañamiento (SSTC 34/2005, de 17 de febrero; 248/2007, de 13 de diciembre; 120/2012, de 5 de junio; 36/2013, de 14 de febrero...), considerándolas no contrarias a la Constitución. Ante un recurso interpuesto

tad legislativa, privativa del Parlamento, a instancias a las que no les corresponde, y que la ejercen de forma atropelladora, irreflexiva, arbitrista y arbitraria, por ejemplo, introduciendo cambios en leyes aprobadas poco tiempo antes, tras deliberación parlamentaria. El principio de la ley como expresión de la voluntad general queda de este modo capitidisminuido.

2.2. Huida hacia delante

En 1946, CARNELUTTI ya remarcaba que el sistema hipertrofiado de leyes se desplazaba al modo de la bola de nieve: «El ordenamiento jurídico da vueltas frenético en un dédalo sin salida. Cuanto más ordena, más debe ordenar. Cuando más atemoriza, más debe atemorizar»[46]. Hace más de treinta años, LUHMANN advirtió la utilización excesiva que el estado de bienestar hacía del *derecho* y el *dinero* para responder a la sobrecarga de demandas ciudadanas. Esta utilización desproporcionada se manifiesta en la «marea de leyes»[47] y en problemas financieros y expansión de los presupuestos públicos.

Hablaré en primer lugar de la sobreexplotación del derecho. TEUBNER, que trata de proseguir la obra de LUHMANN, habla de la *autopoiesis* o autorreproducción del sistema jurídico. La paradoja que señala TEUBNER es que, «cuanto más cierre operativo y autonomía adquiera un sistema legal, más ganará en apertura hacia hechos sociales, demandas políticas, teorías científico-sociales y necesidades humanas». «Una clausura radical del sistema —bajo ciertas condiciones— significa su radical apertura»[48]. Un sistema cerrado, demagógico, necesita estar receptivo y autoproliferar —lo de menos es si lo hace descontroladamente— para poder perpetuarse. La legislación se torna autoproliferante en respuesta a la demanda de leyes que efectúa una sociedad de masas compleja, reivindicativa, en constante cambio y estructurada en grupos. Esta sociedad consume compulsivamente leyes; sus grupos demandan de continuo acciones normativas que los beneficien y protejan. Los ciudadanos dan por sentado que cualquier problema que se les plantee ha de ser abordado por la autoridad mediante la emisión de una norma, lo cual determina decisivamente la actuación del legislador, que huye hacia delante con la promulgación de leyes siempre nuevas que le reporten éxitos políticos (en esta ciega dinámica, los problemas no siempre son reales; en ocasiones son meramente facticios, problemas construidos o inventados a partir de indicios que suministra la realidad).

Además de por estas causas, la generación de normas es precipitada, como mostró IRTI, por la ruptura de la lógica de la generalidad y la uniformidad: «La producción

---

en relación con diversos preceptos de una de estas leyes (Ley 50/1998, de 30 de diciembre), estima que, «aun aceptando que una ley como la impugnada puede ser expresión de una deficiente técnica legislativa, no por ello cabe inferir de modo necesario una infracción de la Constitución [...] ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional que impida o limite la incorporación a un solo texto legislativo, para su tramitación conjunta en un solo procedimiento, de multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 3).

[46] CARNELUTTI, 1946: 73.

[47] LUHMANN, 1981: 154.

[48] TEUBNER, 1987: 2.

de normas especiales alimenta la *necesidad de otras normas especiales* en un círculo obsesivo e inagotable»[49]. Por otra parte, la sobreproducción de legislación deriva de su decreciente calidad: se compensan los defectos de la mala legislación mediante una nueva intervención legislativa. Asimismo, a la detección del desorden e incoherencia ocasionados por la incuria y el frenesí legislantes le sigue un intento de reparación *ex post factum* con nuevas leyes. Y si el legislador no prevé —como es frecuentemente el caso— las perturbaciones que estas pueden causar en el conjunto del sistema normativo, se verá obligado a promulgar otra vez nuevas leyes con el fin de corregir los desequilibrios. Por no hablar de las consecuencias no deseadas que acarrea la vigencia de algunas leyes, consecuencias que demandan una reforma de su texto. Las modificaciones y sustituciones son constantes y se multiplican hoy con una intensidad y aceleración inusitadas. Es un mecanismo que opera según una dinámica de realimentación imparable. Dinámica que se observa también en la tendencia actual de la ley a contener compromisos, expresos o tácitos, del legislador a legislar nuevamente. Que además es subsiguiente al incremento de la inseguridad jurídica en los ciudadanos, puesto que ese estado de incertidumbre les impulsa a entablar más pleitos y a demandar nuevas regulaciones, que, a su vez, al entrar en el ordenamiento irreflexivamente, causan toda clase de destrozos que hay que enmendar con nuevas leyes, y así sucesivamente en una desordenada espiral automultiplicadora.

Los efectos en la sociedad de esa espiral son paradójicos, ya que, cuanto más intensa es la pretendida ordenación de las conductas, más desorganizadas son sus consecuencias en la vida social. «La proliferación caótica y vertiginosa de la legislación» genera «una suerte de anomia —que ha sido llamada "anomia boba"—»[50] que hace inoperante al derecho. Cuando, como consecuencia directa del movimiento del mecanismo legalista, los ciudadanos y los órganos de aplicación se saturan de mensajes normativos confusos, aumentan las pendencias en los tribunales, así como los comportamientos que obvian la legalidad. Además, como supieron ver primero VIVES y luego PUFENDORF, es insoslayable que el ordenamiento jurídico se convierte en una especie de red en la que queda atrapado el ciudadano. VIVES remarca este tema en varias ocasiones. «Es razón —escribe— que las leyes sean claras, fáciles y pocas para que sepa cada cual a punto fijo cómo ha de vivir»[51]. «Antes que nada, sean las leyes conocidas de todos. [...] Establecer leyes desconocidas es poner lazos y trampas, no entregar una inequívoca norma de vida»[52]. «Tantas y tantas leyes, celadas son, que no condición de vida». «Vosotros los escribidores de leyes, lo que dictáis no es una apacible y asequible norma de vida, sino que tendéis lazos a la simplicidad y buena fe del pueblo»[53]. Conviene, dice por su parte PUFENDORF,

> tener leyes claras y sencillas sobre los asuntos que más suelen presentarse entre los ciudadanos. [...] Cuando hay más leyes que las que se pueden retener en la memoria fácilmente y que prohíben lo que la razón natural no prohíbe por sí, es necesario que sin mala intención caigan en falta contra las leyes como en un lazo[54].

---

[49] IRTI, 1978: 55.
[50] LAPORTA, 2004b: 80.
[51] VIVES, 1531, *De las disciplinas*, pt. I, lib. VII, cap. II.
[52] *Ibid*., pt. II, lib. V, cap. IV.
[53] *Ibid*., pt. I, lib. VII, cap. II.
[54] PUFENDORF, 1673, *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, II, 11.5.

Así, las leyes, más que como un factor de ordenación, se configuran como una trampa en la que es fácil que el ciudadano caiga si no dispone de costosos asesores. La anomia generada por estas y otras causas trae consigo, «en primer lugar, la pérdida de cuotas de autonomía personal, y después y como consecuencia de ello, la sorda impotencia de sociedades enteras para organizar su convivencia y acceder a la prosperidad económica»[55].

La sobreexplotación del otro recurso, el dinero, adopta igualmente la forma de huida hacia delante, de esa peligrosa proliferación descontrolada que ocurría en el ámbito del derecho (vinculadas ambas entre sí por su interpretación extraviada y exagerada de la noción de ley y «derechos»). Asumamos, en primer lugar, que «la democracia cría personas viciadas que la convierten en un sistema frágil»[56]. Ortega y Gasset, en *La rebelión de las masas* (1929), señalaba que, entre otros factores, los «estados previsores» y los «derechos cómodos» producen «automáticamente graves deformaciones y viciosos tipos de existencia humana», como el «niño mimado»[57], un subtipo del hombre-masa de nuestra época. La democracia degenera porque, al carecer de controles eficaces del gasto público, se basa en la promesa de dádivas al electorado, promesa que se convierte así en un poco deseable soporte del sistema político. En un endeble y precario soporte, que cumplirá su función siempre que las condiciones sean favorables, pero que empezará a tambalearse en cuanto dejen de serlo. Por su lado, la sociedad irresponsable, la masa mimada, que reivindica derechos, pero no está dispuesta a asumir obligaciones (o, si lo hace, es a la fuerza), como cree que a todo tiene derecho y todo le es debido, se abalanzará sobre el erario público carente de vigilancia, presionando al político para que le dé más y más prestaciones y servicios. La masa, así entendida, no da ninguna muestra de que sabe diferenciar entre derechos jurídicos, incondicionales y absolutos, y derechos-beneficios o derechos-materiales (educación, sanidad, prestaciones económicas, vivienda, etc.) característicos del estado de bienestar, que están condicionados a la posibilidad de financiación y son relativos a los recursos disponibles. A la masa se le ha dejado creer que no hay diferencia entre reconocimiento de derechos y concesión de beneficios. Estos suponen más que un retroceso a la época histórica en que se concedían privilegios, porque los privilegios del feudalismo implicaban obligaciones, y los actuales salen gratis, lo son sin obligaciones; se trata de algo muy diferente a una vuelta atrás en la historia: es una regresión infantiloide, una creación jurídico-política *sui géneris* de los últimos años. Todos estos ingredientes integran el caldo de cultivo perfecto para la mala política, un fenómeno que ya identificó Montesquieu[58]. En una espiral que potencialmente no tiene fin, la sociedad cada vez pedirá más *derechos*. Puesto que cree que los beneficios se le deben a título absoluto, nunca serán suficientes los que se le presten, y los que se retrasen constituirán siempre una obligación incumplida. El político, si quiere mantenerse en su puesto, cede a las reivindicaciones y nunca le niega nada a nadie. No obstante, los recursos públicos no son ilimitados. Es entonces cuando se recurre a la trampa del endeudamiento, del cual los gobiernos hacen uso y abuso.

---

[55] Laporta, 2004b: 80.
[56] Sartori, 1987, 2007: 397.
[57] Ortega y Gasset, 1929: 132, 134.
[58] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, VIII, 2.

Con respecto a España, en septiembre de 2014, la deuda del conjunto de las administraciones públicas ascendía a 1.020.680 millones de euros (datos del Banco de España), y se situaba en el 97,1 por 100 del PIB (datos del INE). Con toda seguridad, en 2015 superará el 100 por 100. A la vista del dato global de la deuda, el nivel más alto de los últimos cien años, y del más significativo de su ritmo de crecimiento[59], voces autorizadas alertan ya de que la situación podría desembocar en un *default* (impago). No parece lejano el riesgo de estallido de una burbuja de deuda pública a todas luces hipertrofiada y en progresivo aumento, riesgo que todo un ejército de economistas oficiales se obstina en negar, como antes negó la inmobiliaria u otras, pasando por alto cualquier señal preocupante de futuro.

He calificado las dos sobreexplotaciones, la del derecho y la del dinero, como huida hacia delante y espiral automultiplicadora. Ambas imágenes transmiten la idea de la imposibilidad de reversión espontánea del proceso, al tiempo que sugieren una simetría entre uno y otro ámbito: los dos —derecho y deuda pública— crecen en sincronía, y los dos parecen haber cobrado teratológica y amenazante vida propia.

2.3. Intrusividad

Desde mediados del siglo pasado, se nos ha advertido de que el estado social iba a generar una inmensa cantidad y un incesante cambio de normas, y de que norma privada y norma pública tenderían a hacerse una y la misma cosa[60] (RIPERT denunció: «Todo se está convirtiendo en derecho público»)[61]. Al mismo tiempo que la línea que separaba sociedad y estado se desdibuja, todo el derecho va cobrando el carácter de derecho público. Se trata de la llamada «juridificación» de la vida social, «de esferas sociales y mundos vitales que antes no eran objeto de intervención sino que estaban reservados a la esfera de la moral, del control social, de los acuerdos privados, de la regulación informal»[62]. Es «la invasión por el derecho público de recintos antes reservados a la libre disposición de los sujetos privados, así como la ampliación del catálogo de materias y relaciones sociales relevantes para el legislador»[63].

«El *grado de juridificación* de la sociedad crece día a día: consumimos una cantidad cada vez mayor de normas jurídicas»[64]. Este proceso de «legificación» intensa discurre al lado de la progresiva asunción de funciones por parte del estado. Se trata de una intromisión que ORTEGA calificó de «tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo»[65], una intromisión que muchas veces obedece a planes de ingeniería o innova-

---

[59] Al inicio de la crisis, a finales de 2007, la deuda pública era del 36 por 100 del PIB. La situación de endeudamiento se agrava con el horizonte actual de riesgo de deflación, visible ya en economías de la eurozona. Desde luego, el fenómeno de la deuda pública galopante no obedece a una única causa, y menos aún en un contexto de crisis, pero es innegable que uno de sus principales mecanismos lo constituye la sobreexplotación que el estado de bienestar hace del dinero.

[60] CAPOGRASSI, 1953: 58.

[61] «*Tout devient droit public*» (RIPERT, 1949: 37).

[62] A. LA SPINA y G. MAJONE, 2000: *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 35. Citado en LAPORTA, 2004b: 45.

[63] PRIETO SANCHÍS, 1998: 23.

[64] IRTI, 1978: 54.

[65] ORTEGA Y GASSET, 1953: 688.

ción social. La juridificación de la vida social es un despliegue del estado y del derecho que ha sido interpretado como un asalto a la libertad individual en la esfera privada. La *concepción* de ley del liberalismo, originada en la aspiración a garantizar la libertad de los ciudadanos frente al poder político, ha sido trocada por una *realidad* que viene a representar lo contrario.

Si la inflación legislativa es una proliferación cuantitativa, la intrusividad o juridificación lo es cualitativa. Hoy el panorama legislativo se nos presenta como un conjunto abigarrado de normas que tienen cometidos muy distintos y que ejercen su control, o tratan de ejercerlo, sobre ámbitos muy heterogéneos y de una creciente complejidad y diversificación. La instrumentalización de la ley alcanza, en el estado que podríamos llamar «gestor», la expresión más genuina en las llamadas «normas de fin», mediante las cuales el legislador diseña una batería de medidas (planes, programas, incentivos) tendentes a modificar el comportamiento de los actores económicos y sociales con el fin de producir un determinado resultado económico (crecimiento del PIB, descenso de la inflación, creación de empleo, etc.). Tales normas legales son actos de dirección política orientados, no a un fin de alcance general, sino a un fin específico y a superar una situación concreta; son planeados a corto plazo, condicionados a la circunstancia y al momento, y negociados con frecuencia en el contexto de un conflicto de grupos de intereses contrapuestos[66]. Así pues, las leyes en el *estado gestor* difieren de las propias del *estado garante* o legislador —inspirado por los principios jurídicos y políticos de la Ilustración e históricamente el primer tipo de estado de derecho— en que se convierten en medios o instrumentos (para intervenir en la economía).

Por su parte, las leyes del *estado protector* o *social* funcionan como mecanismo de redistribución destinado a reducir las diferencias económicas, sociales y culturales[67]. En cualquiera de los casos, las normas que se proponen como objetivo reformar la realidad económica y social constituyen un ejemplo perfecto de la reducción de las leyes a meros imperativos, del *gobernar legislando*, mediante la ley, y no en la ley. Las metas que el legislador se fija son coyunturales y en general urgentes, y las disposiciones que las contienen son incorporadas al ordenamiento todos los días, con los consiguientes eventuales problemas, no menores, de ajuste en él y de «presencia fantasmal» que se puedan suscitar. En suma, señalando con brevedad un tema que aquí sólo puedo apuntar, *idealmente* el estado gestor y el social *deben* construirse respetando los imperativos del estado garante. Ardua tarea, porque en el fondo late la cuestión nuclear del deslizamiento del estado legislador hacia el estado administrativo, un estado que halla su legitimación, no en la impersonalidad de las leyes como aquel, sino «en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de sus medidas, de sus disposiciones y de sus órdenes a las necesidades reales»[68]. Pero aquí ya estoy bordeando otro aspecto de la crisis de la ley, la transmutación, que es objeto del siguiente subapartado.

Las demandas cotidianas de los ciudadanos, la variabilidad de objetivos de política económica, la necesidad de adaptarse a unos cambios sociales acelerados, son sólo tres de las áreas de la actividad «legificante» del estado.

---

[66] BACHOF, 1959: 51.
[67] La distinción entre estado garante, gestor y protector o social está tomada de LAPORTA (2004b).
[68] SCHMITT, 1932, 1968: 13.

Otra área es la moral, como lo prueba la selvática profusión de leyes que hoy en día, en medio de una cada vez más obvia crisis de valores, intenta regular un número creciente de aspectos de la privacidad y de las relaciones de los seres humanos que pertenecen al ámbito de las costumbres y de la moral. Recuérdese en este sentido el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, del gobierno del PSOE, que consagraba de hecho la discriminación positiva en el ámbito privado y público como principio vector del ordenamiento jurídico. No prosperó, pero no por falta de celo del gobierno; su tramitación se hizo imposible debido a los efectos de la crisis económica y a causa de la derrota electoral del partido en el poder en noviembre de 2011. Sin embargo, no siempre legislar sobre moral supone una intromisión coactiva: a veces sólo responde al prurito de legislar por legislar. Me refiero a toda aquella legislación declamatoria, moral en contenido e intenciones, una legislación, desde luego «simbólica», animada por bellos propósitos y repleta de grandes principios y afirmaciones. «Cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obras de ostentación»[69], escribió MONTESQUIEU. Como ejemplo, acudamos a la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de «fomento de la educación y la cultura de la paz», un texto retórico, tedioso, plagado de vaguedades y lugares comunes (como la referencia a la «cultura de la violencia»), que pretende, hipócritamente, construir una utopía en la tierra[70]

> a través —como reza el propio texto de la ley— de potenciar la educación para la paz, la no-violencia y los derechos humanos, a través de la promoción de la investigación para la paz, a través de la eliminación de la intolerancia, a través de la promoción del diálogo y de la no-violencia como práctica a generalizar en la gestión y transformación de los conflictos.

El fenómeno consistente en legislar sobre moralidad está desarrollándose precisamente en paralelo al vaciamiento moral de nuestras sociedades y en un intento de colmarlo. La crisis ética posibilita y propicia la intrusividad de la ley. De la confusión entre ley y moralidad se derivan las prácticas legislativas que defienden que «todo lo que es bueno debe promoverse mediante medidas legales». Sin embargo, la ley puede y debe tolerar males que la moral condena. Los criterios para enjuiciar la bondad de una ley no pueden ser morales; una ley será buena si, entre otras condiciones, «ha sido redactada con la prudencia necesaria para evitar los efectos perjudiciales que podrían derivarse de ella»[71]. Si la ley no cumple ese requisito, será una mala ley, y serán irrelevantes entonces las intenciones morales que la animen. Para sustentar esta tesis, baste un ejemplo, no por archiconocido menos ilustrativo. La Prohibición o Ley Seca, vigente en Estados Unidos entre 1920 y 1933, fue dictada con propósitos virtuosos, pero, como se sabe, tuvo consecuencias catastróficas que hicieron forzosa e inaplazable su derogación.

La mezcla del ámbito del derecho con el de la moral se ha convertido en un grave problema en nuestras sociedades democráticas. Sin embargo —aclaremos, a modo de acotación final—, que el problema no acaba ahí, ya que junto a fenómenos de intromisión de la ley en la moral, se dan asimismo clamorosos fenómenos de inhibición. Es importante, y hasta urgente, estudiar con detenimiento las dimensiones y consecuencias de las relaciones entre uno y otro ámbito. De manera particular lo es, si se tiene presen-

---

[69] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XXIX, 16.
[70] SOSA WAGNER, 2007: 20.
[71] HEALY, 1992: 132.

te que sobre la cuestión gravita el problema de la anomia. Como explica DAHRENDORF, las normas socioculturales son válidas siempre que sean «a la vez efectivas y morales, es decir (consideradas) reales y (consideradas) correctas». «Anomia es, así, una situación en la que tanto la efectividad social de las normas cuanto su moralidad cultural tienden a cero»[72]. Si esto es cierto en relación con el ámbito normativo cultural, también lo será por ende para el ámbito normativo legal. La cuestión de si es posible aún compatibilizar, y, si lo es, de qué modo y en qué medida, legalidad y legitimidad en el ordenamiento jurídico en medio de un contexto anómico, se erige como un punto crucial. Porque la anomia es la causa formal, no sólo de que la ley se inmiscuya en el ámbito moral, sino también de que se inhiba de él justo cuando legítimamente no debería hacerlo.

2.4. Transmutación

La conmoción que he tratado de describir se relaciona con una grave alteración de los principios y valores sobre los que se asentaba tradicionalmente el derecho. Entiéndase «alteración» en este contexto, no como simple cambio o mutación, sino como transmutación alquímica, permuta o transvaloración. Dejando a un lado la cuestión de cuál puede ser la relación —causa, síntoma o efecto— que une transformación del derecho y transvaloración, lo importante aquí es notar que los principios y valores que han conformado nuestro sistema jurídico son sustituidos por otros nuevos. Dicho de otro modo: se están promoviendo fundamentos diferentes para el sistema jurídico. Este fenómeno se configura como un tema muy amplio y complejo que aquí no puedo abordar como merece. En este subapartado sólo trataré de dos o tres aspectos a modo de acercamiento tentativo. Y así, por razones de espacio, no estudio, por ejemplo, el proceso, apuntado arriba, de paulatina sustitución del estado legislador por el estado administrativo, que supone el paso de la legitimación de la ley por su impersonalidad a la legitimación por su pretendida utilidad, y que al mismo tiempo supone el sacrificio de valores jurídicos tradicionales en el altar de consideraciones puramente objetivas y prácticas.

En una consideración global, los principios que han constituido tradicionalmente el objeto del derecho se ocupaban de *garantizar* las condiciones mínimas para que reinaran en la sociedad el orden, la justicia, la libertad y la igualdad, probablemente por este mismo orden. A su vez, esos valores estaban formulados en sus rasgos mínimos: la justicia era no perjudicar a otro y darle a cada uno lo suyo; la libertad era poder hacer lo que no perjudica a otro; la igualdad era ausencia de privilegios, igualdad de todos ante la ley. Y siempre permanecía claro que las leyes debían ser generales, abstractas, permanentes, claras, que debían vincular estrechamente derechos y deberes e ir acompañadas de sanciones eficaces.

«El derecho progresa en la medida en que las leyes impiden dañar al prójimo y aseguran a cada uno lo que es debido»[73], enunciaba RIPERT hace seis décadas. Nada más, pero tampoco nada menos. «Las leyes sólo deben regular las cosas esenciales»[74],

[72] DAHRENDORF, 1985: 42.
[73] RIPERT, 1953: 30.
[74] JAUCOURT, 1751-1765: 112.

se escribió en el siglo XVIII en la *Enciclopedia*. Hoy, la situación ha cambiado mucho; del derecho se espera mucho más, sobre él se arroja un pesado fardo. Este fardo consta de humanitarismo, de moral, de proximidad; se cree que la ley tiene que ser próxima y benéfica, que tiene que subvenir a las necesidades —transformadas en *derechos*— de los ciudadanos, y aun de los no ciudadanos. No se conforma con regular lo esencial, quiere contribuir a la fundación de una Arcadia feliz, de un gozoso Shangri-La. A cosas como ésta los griegos las llamaban *hybris*.

«Humanitario» se usa como sinónimo de benigno, caritativo, misericordioso, compasivo hacia todos los hombres sin distinción. Más específicamente, el humanitarismo es aquella actividad o doctrina que se propone proteger a los miembros más desvalidos de la sociedad y de la humanidad, yendo para ello, si es preciso, más allá de lo estrictamente debido. La estricta medida de lo debido, propia de la justicia en su sentido formal, la fijaba tradicionalmente el derecho. El humanitarismo trasciende lo debido, no le interesa garantizar lo mínimo e indispensable para hacer posible la libertad, justicia, etc.; su ámbito ya no es la *civitas*, sino el ancho mundo; y, por supuesto, olvidémonos del carácter general y abstracto de la ley. En los países «humanos» del Occidente avanzado, llenos de «almas bellas», «sensibles», «emotivas», «que se conmueven con todo y que palpitan sobre todo», se observa que «la apelación a los derechos humano-humanitarios está incubando un *paraderecho* destructivo del derecho»[75]. Una transmutación que pulveriza lo que el derecho promovía —la igualdad, la libertad, la justicia y el orden— y que obedece a la confusión entre ley y moral y a la intrusividad cada vez mayor de aquella en ésta.

El humanitarismo, muy loable en ética, no debería ser de aplicación en derecho. En derecho, la máxima siempre ha sido *dura lex sed lex*. La ley, para serlo de verdad, debe ser «dura», inflexible, y si no lo es, no es ley. Como señala SARTORI: «El derecho no se puede "dulcificar" y aplicar según los casos. Si se hace, entonces la ley no es igual para todos y el derecho se desnaturaliza en una casuística abierta a la incertidumbre, al privilegio y al arbitrio»[76]. *Lex amica non est lex*: una ley «amigable», blanda, «próxima al ciudadano», que se conmueve, que hace excepciones y distingos, que se adapta ocasionalmente a los casos de los destinatarios, no es ley. Esta ley adulterada es el reflejo de la «*política de la proximidad* que se ha impuesto en las actuales democracias». En ellas, se valora del político, no su proyecto global de futuro, sino «el que sea sensible a los problemas cotidianos de sus conciudadanos, que se muestre empático»[77].

Sin embargo, la ley, como la buena democracia, ha cumplido durante mucho tiempo la función de protección frente a la arbitrariedad del poder, o, lo que es lo mismo, la de reforzamiento de la barrera que debe separar a la sociedad del estado. La ley «reclama reflexión y lejanía, así como imparcialidad y generalidad»[78]. Todo lo que ha venido a suplantarlas —humanitarismo, flexibilidad, proximidad, suavidad y dulzura de la ley— le confiere al estado demagógico la legitimidad que necesita para entrometerse en todos los ámbitos, tanto los públicos como los privados, y supone la pérdida de la necesaria separación entre gobernante y gobernado. Esta separación fue una con-

---

[75] SARTORI, 2001, 2003: 191, 202.
[76] *Ibid*., 190.
[77] RUIZ SOROA, 2010: 27.
[78] *Ibid*., 128.

quista histórica; no hay que olvidar que «la desaparición de las estructuras políticas del absolutismo y del Antiguo Régimen se logró precisamente a base de "alejar" a los ciudadanos de quienes ostentaban el poder señorial y municipal»[79]. La pulsión del estado actual a reglamentarlo todo de que hablaba ORTEGA alcanza su cumplimiento y su sentido en el derribo de muros, en el acortamiento o cancelación de distancias entre ciudadano y poder político.

La disminución o anulación de la distancia entre gobernante y gobernado es correlativa al deterioro de la ley. Ambos procesos nos hacen retroceder a etapas históricas muy anteriores. La situación irracional del derecho en el Antiguo Régimen (en palabras de FERRAJOLI, «la selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes»[80]; en palabras de PRIETO, «la pluralidad y difuminación de los centros de producción jurídica, la tupida red de privilegios y excepciones origen de la incertidumbre, oscuridad y falta de uniformidad del derecho»[81]) tiene correspondencia, punto por punto, con la actual. Esa semejanza, no forzada, con el Antiguo Régimen supone a fin de cuentas el fracaso de la ley como instrumento de regulación.

Con el deterioro de la ley, el principio de la autonomía personal, base de nuestra cultura jurídica, queda suplantado de hecho por el de la heteronomía. Existe una conexión indudable entre, por un lado, una legalidad regular, estable, general y conocida, su predecibilidad, constancia y la seguridad que infunde, y, por el otro lado, la autonomía personal. Esas dos variables se hallan directamente relacionadas; descienden o aumentan conjuntamente. Si la primera es baja, también tenderá a serlo la segunda. El ciudadano entonces se transforma en individuo sujeto (*subiectus*) al arbitrio del gobernante, zarandeado por normas quebradizas y siempre cambiantes que, al no permitirle predecir el comportamiento de otros ciudadanos ni el de los poderes públicos, tampoco le permiten planificar su propia vida y ser dueño de sí mismo. El menoscabo de la autonomía se agrava además por el hecho de que los ciudadanos «que esperan que el Estado les libere del riesgo de su existencia» «ellos mismos eliminan progresivamente los restos de su libertad»[82].

La ya comentada cancelación de la separación entre el ciudadano y el poder político ocasiona dos efectos, aparentemente contrapuestos y paradójicamente enfrentados, en el ciudadano: la alienación de este con respecto a la superestructura jurídico-política, y su «disipación» en la misma. En último término, el problema no es jurídico, sino político, y su solución, según LATORRE, radica en «ampliar los cauces de la participación ciudadana en la vida pública, de forma que el Estado sea visto por todos como algo propio, cuyo funcionamiento a todos interesa»[83]. No obstante, a mi juicio, esta prescripción sólo se propone solventar la alienación, esto es, una parte del problema. La otra parte de la cuestión, el engullimiento del ciudadano en la maquinaria estatal, únicamente puede erradicarse con una paciente, profunda y lenta labor pedagógica cuyos resultados probablemente sólo sea posible evidenciar en la siguiente generación.

---

[79] SOSA WAGNER, 2007: 27.
[80] FERRAJOLI, 1994, 1997, 1999: 18.
[81] PRIETO SANCHÍS, 1998: 8.
[82] BACHOF, 1959: 53.
[83] LATORRE, 1968, 1985[11]: 67.

Todos los cambios sucintamente expuestos en este subapartado representan un desplazamiento, amplio y de múltiples perfiles (históricos, sociales, psíquicos, etc.), de regresión o movimiento hacia atrás en el tiempo individual y colectivo, un desplazamiento en virtud del cual el derecho vuelve a la Edad Media, la sociedad se convierte en masa, el *civis* en *subditus*, el adulto responsable en niño o adolescente dependiente.

3. ANOMIA JURÍDICA Y DEMAGOGIA

En las páginas anteriores no he abordado todas las posibles formas de perversión de la ley. De este modo, por tratarse de una compleja cuestión filosófica que atañe a las relaciones entre ley y moralidad, no he hablado del vacío que separa a la legalidad de la legitimidad; en particular, no he estudiado la ausencia de la necesaria, *legítima*, legislación, que debería existir, pero que, paradójicamente en medio de una hiperinflación de leyes, de hecho no existe. Tampoco he estudiado la familia completa de anomias jurídicas. Es decir, no he abordado todos aquellos aspectos relacionados con la aplicación de la ley y con la administración de justicia, pues a cada uno de estos dos ámbitos le corresponde su tipo específico de anomia jurídica. Por ejemplo, del primero se ocupa DAHRENDORF, que muestra cómo el proceso de debilitación de las sanciones conduce a la rápida expansión de la impunidad. De este modo, observa el autor, tomamos el derrotero de la anomia[84]. Sin embargo, aunque no haya abordado esos géneros de crisis normativa, no quiero pasar por alto que cada uno de ellos acaba confluyendo con los otros y potenciando sus efectos. Así, definiendo anomia como «una situación social en la cual las normas que regulan el comportamiento de la gente han perdido su validez», DAHRENDORF sostiene que «una de las garantías de esa validez consiste en la fuerza clara y presente de las sanciones»[85].

Ciñéndome, pues, a la ley en sí misma, o, si se quiere, a la actividad legislante, es innegable el grave e irrefrenable deterioro que ha sufrido la ley en las últimas décadas. Lo cual mueve a plantear la tesis de si no seremos en realidad súbditos de una demagogia, en vez de ciudadanos responsables de una democracia[86] (el resto de anomias del ámbito jurídico coadyuvan a la sujeción demagógica. La anomia en la aplicación de la ley, manifestada en la inocuidad de las normas o ineficacia de las sanciones, se traduce en amplias zonas de impunidad para el poder político, y, en última instancia, «hace referencia a la desaparición del poder o, más técnicamente, a la transformación de la autoridad legítima de nuevo en poder desnudo y arbitrario»[87]). Deterioro del derecho, anomia jurídica, heteronomía y demagogia son distintas facetas de una misma realidad social, cultural y política.

---

[84] DAHRENDORF, 1985: 55.

[85] *Ibid*., 40.

[86] El evidente deterioro del sistema democrático en España es consecuencia de la perversión de las instituciones básicas del estado a manos de los partidos políticos. «La democracia ha sido secuestrada por los partidos políticos» (SOSA WAGNER, 2007: 34), y con la democracia, lo ha sido el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos. A través del nepotismo, de redes caciquiles y clientelares, de la manipulación demagógica de masas, y, en no escasa medida, de la adulteración de la ley, los partidos políticos han logrado infiltrarse invasivamente en todas las instituciones hasta transformar el país en un auténtico reino de taifas cleptocrático.

[87] DAHRENDORF, 1985: 44.

Desde los griegos, la demagogia ha sido considerada la corrupción y degeneración de la democracia debida a la acción del demagogo o político irresponsable. Sus rasgos no han cambiado sustancialmente desde ARISTÓFANES (*Los Caballeros*), Platón o Aristóteles; tampoco han variado ni el peligro ni la dinámica de deslizamiento de una democracia hacia la demagogia. Sí, en cambio, ha variado radicalmente, claro está, el contenido de «democracia» desde la antigüedad helena, y lo ha hecho en dos direcciones. El *kratos* ha evolucionado hacia una mayor inclusión y hacia una mayor protección del *demos*. En cuanto a la primera, no hace falta recalcar que en las democracias modernas el concepto de «pueblo» soberano se ha ampliado a todos los estratos sociales. La segunda, en cambio, ya no es una ampliación de poder cuantitativa, sino cualitativa, y más profunda. Es este el cambio fundamental que hace aconsejable a la larga un cambio de denominación. Identificando en líneas generales estado constitucional o de derecho con los regímenes liberal-democráticos propios de los países occidentales[88], hallamos que los rasgos más sobresalientes de la protección del *demos* se pueden resumir en los cuatro siguientes: imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la administración y respeto a los derechos y libertades fundamentales. Continuando el razonamiento iniciado arriba, la corrupción y degeneración de la democracia afectará en la actualidad a todos y cada uno de aquellos aspectos «nuevos» de la misma que eran desconocidos para los griegos. Por tanto, al contar con más elementos en el radio de su poder disolvente, las demagogias contemporáneas encierran un mayor potencial destructor.

La continuidad esencial que existe entre el concepto clásico de demagogia y las realidades políticas demagógicas actuales se debe, a mi juicio, a que demagogia denota mucho más que un régimen vagamente asimilable a los populismos. La «dominación tiránica de la plebe con la aquiescencia de esta»[89] es una de las formas universales de lo político, una de las categorías fundamentales de —si se permite la expresión— estar-en-el-mundo-político. En esta interpretación, la demagogia es entendida de forma análoga, aunque antitética, a un modo usual de concebir la democracia, según el cual esta, más que una configuración política, constituye una convicción básica general, un modo de vida, un modelo prescriptivo hacia el que tender. Así, se puede bosquejar un juego de contra-analogías: si la democracia es un ideal, la tiranía sería su negación, y la demagogia, su mentira.

La categoría de lo demagógico, derivada o no de las democracias (cuestión que ahora no hace al caso), ha preservado a través de los siglos, a lo largo y más allá de todas las posibles variantes históricas en que se ha plasmado, una identidad plena y definida de rasgos comunes. Es esta idea la que me ha llevado a delimitar el concepto de «Era Demagógica» que ha inspirado el título del trabajo. Tal fórmula designaría una suerte de edad afín a las edades que VICO postulara para cada una de las sociedades humanas. Inaugurada con los totalitarismos del siglo XX, con los que alcanzó su expresión más intensa y devastadora, la Era Demagógica se ha prolongado hasta hoy, enmascarada bajo artificios más o menos sutiles. Con la ayuda de su gran aliada, Anomia, se manifiesta en una gama relativamente amplia de regímenes o proyectos políticos que ejercen y per-

[88] PRIETO SANCHÍS, 1998: 32.

[89] Es la definición de «demagogia» del *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española* (21.ª ed.).

feccionan su dominio a través de muy variados medios. Uno de ellos es, precisamente, la destrucción sistemática del derecho[90] en todas sus esferas: producción, aplicación de la ley y jurisdicción. Con la lógica secuela de que «el derecho deja de funcionar»[91].

La demagogia convierte al pueblo en masa halagando los instintos y vicios de la multitud[92]. Este es el mecanismo fundamental que «legitima» que el político irresponsable se erija en amo. Mientras en las liberal-democracias es esencial el imperio de la ley y la idea de sumisión a la misma, en la demagogia lo que prima es la abrogación de hecho o de derecho de las leyes que da paso a la arbitrariedad so capa de mayor utilidad y mejor «servicio» públicos. El demagogo no pretende llevar a la práctica proyectos globales basados en principios universales, sino satisfacer los fines que aparentemente convienen a la multitud, desatendiendo el interés general o bien común. Promete beneficios económicos, incluso sabiendo de antemano que no se dispone de los medios adecuados para poderlos conceder. Lleva a cabo una metódica y calculada explotación de las pasiones e irracionalidad de la conducta humana. Por ejemplo, el demagogo pervierte el principio democrático de igualdad explotando la envidia de las masas con el señuelo de un igualitarismo o igualación que no es más que una legitimación de la pasión envidiosa («Las naciones democráticas europeas [...] diríase que cada paso que dan hacia la igualdad las aproxima al despotismo»[93], decía TOCQUEVILLE). El cinismo se ha vinculado siempre estrechamente a la demagogia, pero «nunca en el pasado se ha llegado a una falsificación ideológica y terminológica tan intensa y astutamente dirigida en gran escala»[94].

En el sentido amplio que defiendo, la demagogia, con tal de conseguir sus propios fines, puede orientarse, o bien a subvertir el orden político, o bien a hacer labor de zapa desde el interior de un régimen que aparentemente respeta. En cualquiera de los casos, lo que en realidad persigue no es tanto cambiar una forma política dada como alterar y corromper las mismas bases de la convivencia, si bien semejante designio ha de ser encubierto y disimulado con el fin de atraer a la opinión pública. «En la demagogia, la razón queda oscurecida siempre por la pasión; la aparición del demagogo indica una crisis de las ideas-creencias fundamentales en las cuales se apoya la sociedad»[95]. El demagogo argumenta contra las costumbres, las creencias vigentes, contra las leyes; trata de hacer ver que son convenciones sustituibles por otras idealmente mejores, por proyectos de ingeniería social susceptibles de satisfacer el gusto de las clases o grupos a los cuales se dirige. En la antigua Grecia, ese papel fue desempeñado por los sofistas; en las demagogias contemporáneas, la anomia circundante hace algunas veces innecesaria incluso la argumentación falaz. Sin embargo, el proceso anómico contemporáneo no sólo ahorra razones, sino que, además y sobre todo, hace mucho más fáciles, eficaces

---

[90] «Sistemática», porque lo que diferencia a nuestra época es la escala intensiva de la destrucción de la ley. A pesar de «que importa mucho que las leyes sean pocas y claras», en todas las épocas históricas han sido «multiplicadas, oscurecidas y embrolladas por sus mismos intérpretes y por los príncipes» (VIVES, 1531, *De las disciplinas*, pt. I, lib. VII, cap. II).

[91] DAHRENDORF, 1985: 46.

[92] Por supuesto, la «masa» puede preexistir al demagogo, y en este caso lo crearía, pero esta es una cuestión cultural e histórica que en nada cambia el fondo *político* esencial del asunto.

[93] TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, pt. IV, cap. V.

[94] NEGRO PAVÓN, 1972: 368.

[95] *Ibid*.

y profundos el engaño y la manipulación masivos, la conducción del pueblo mediante la seducción.

La trasformación anómica se confunde de hecho con muchos de los rasgos típicos de la demagogia[96]: falta de respeto a las leyes, ilegalidad efectiva, innovación y planificación sociales, construcción de un nuevo universo político-moral[97]..., y, por descontado, con la proliferación de normas legales y toda la fenomenología jurídica asociada (incluyendo aquí la existencia de amplias zonas desreguladas y de vacíos legales). La anomia constituye al mismo tiempo un factor que potencia la paulatina subordinación de las sociedades a los fines del estado, el despotismo legislativo y la creciente burocratización, fenómenos generadores a su vez de más anomia. Todas las anomalías y lacras recién enumeradas son indicio y causa de la conversión de la sociedad en populacho. Que los ciudadanos las acepten resignados, o, peor, que en ningún momento las pongan en cuestión, que las consideren normales y naturales —es decir, pertenecientes a la *naturaleza* misma de lo político—, y que, por tanto, piensen que no hay nada que cambiar en ellas, o que no se puede hacer nada para cambiarlas, revela ya de por sí un alto grado de masificación. Que es, no se olvide, la principal aspiración del demagogo. Son los mismos quienes revuelven el ya revuelto río y quienes hacen buena pesca en sus aguas. Por eso, aunque causó asombro a algunos juristas de antaño, no es de extrañar, sino todo lo contrario, que los responsables políticos «no pongan un infinito cuidado en la fabricación y uso»[98] de la máquina del derecho.

En resumen, la demagogia, o crisis de la democracia (o, más exactamente, de las bases de la convivencia), genera anomia, y, a su vez, la anomia origina, propicia o provoca la demagogia, que a su vez genera más anomia..., lo cual hace recomenzar el ciclo, sin que quepa preguntarse qué elemento ha precedido originalmente al otro, porque en buena medida se solapan, coinciden y combinan. Se trata de un proceso autorreforzante que se desenvuelve en espiral, definible como una de las facetas de la florida fenomenología de la ilegalidad del poder —no abordada aquí—, que recuerda la «huida hacia delante» de la crisis de la ley. Una correspondencia que encuentra su explicación en que todas las fenomenologías de los ámbitos de la cultura afectados por el proceso anómico (político, jurídico, moral, intelectual, etc.) presentan una marcada homología estructural.

Históricamente, la demagogia solía acompañar a toda revolución. Pero hoy no se puede hablar de revolución en el sentido tradicional del término, porque éste implica

---

[96] No con todos, naturalmente. Por ejemplo, la centralización, característica tradicional de las demagogias según el pensamiento político clásico, no guarda, al menos en su sentido original, relación *directa* con la anomia. Congruentemente, tampoco aparece como atributo necesario de las demagogias actuales, que pueden moverse cómoda y eficazmente en un sentido centrífugo. Contrástese esta situación con las afirmaciones de TOCQUEVILLE: «En Europa todo parece ayudar al aumento indefinido de las prerrogativas del poder central, y a convertir a la existencia individual cada día en algo más débil, más subordinado y más precario»; «el gobierno centraliza su acción a la par que aumenta sus prerrogativas, causa doble de su poderío» (TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, pt. IV, cap. V).

[97] Nótese la concomitancia de estos dos últimos rasgos con la transmutación de las bases del ordenamiento jurídico descrita en el subapartado D.

[98] CARNELUTTI, 1930: 424. Para CARNELUTTI, «una de las muchas cosas extrañas de nuestra vida es que no siempre suceda así», y que «ni siquiera hoy, en medio de tantos esfuerzos por ser mejores, hayamos logrado corregir este defecto». Más de ochenta años después, se puede afirmar sin temor a errar que sobre este particular hemos perdido ya la inocencia.

ruptura, la ruptura lo es de algo sólido, y nuestro medio ha dejado de ser sólido. A diferencia de la surgida en el seno de las revoluciones de otro tiempo, la demagogia contemporánea chapalea contenta y medra en el medio gaseoso de la anomia. «No nos damos cuenta cabal de lo que está sucediendo [...] porque los valores y las instituciones se nos escapan —como volátiles que son— de entre los dedos y no encontramos nada en su sitio —dice el jurista Alejandro NIETO—. ¿Quién habla hoy de razón y certidumbre?»[99].

BIBLIOGRAFÍA

BACHOF, O., 1985 (1959): *Jueces y constitución*, Madrid: Civitas.

BATLLE VÁZQUEZ, M., 1962: «De la profusión de normas jurídicas», *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, 20: 209-214.

CAPOGRASSI, G., 1953: «La ambigüedad del derecho contemporáneo», en VVAA, 1953: 33-98.

CARNELUTTI, F., 1930: «La crisi della legge», *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 22: 424-431.

— 1953 (1946): «La crisi del diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, Padova; Casa Editrice Dott. Antonio Milani, vol. II, 65-82.

— 1953: «La morte del diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, Padova; Casa Editrice Dott. Antonio Milani, vol. II, 275-290.

DAHRENDORF, R., 1994 (1985): *Ley y orden*, Madrid: Civitas.

DESDENTADO BONETE, A., 1996: «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del "Código de la Protección Social"», *Relaciones Laborales*, t. I, 473-486.

FERRAJOLI, L., 1999 (1994, 1997, 1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1999: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.

GINER, S.; LAMO DE ESPINOSA, E., y TORRES, C. (eds.), 1998, 2006[2]: *Diccionario de sociología*, Madrid: Alianza.

GOODIN, R. E., 1977: «Symbolic Rewards: Being Bought off Cheaply», *Political Studies*, 25 (3): 383-396.

HEALY, T. Rev., 1992: «Statement to the House Subcommittee on Postsecondary Education, November 15, 1989 (excerpt)», en R. BOLTON (ed.), *Culture Wars: Documents from the Recent Controversies in the Arts*, New York: New Press, 130-132.

IRTI, N., 1992 (1978): *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch.

JAUCOURT, L. DE: Artículo «Ley», en D. DIDEROT, D'ALEMBERT, J. LE ROND, 1992 (1751-1765): *Artículos políticos de la «Enciclopedia»*, Madrid: Tecnos, 106-117.

LAPORTA, F. J., 2004a: «El deterioro de las leyes», *Claves de Razón Práctica*, 142: 24-31.

— 2004b: «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y A. PAU PEDRÓN (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, Madrid: Civitas, 29-88.

LATORRE, Á., 2012 (1968, 1985[11]): *Introducción al Derecho*, Barcelona: Ariel.

[99] NIETO, 2007: 203.

LEONI, B., 2010 (1961): *La libertad y la ley*, Madrid: Unión Editorial.

LUHMANN, N., 1993 (1981): *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid: Alianza.

LYON, D., 1996 (1994): *Postmodernidad*, Madrid: Alianza.

MARCILLA CÓRDOBA, G., 2005: *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MONTESQUIEU, Ch.-L. DE SECONDAT, BARÓN DE, 2003 (1748): *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Alianza.

NEGRO PAVÓN, D., 1972: «Demagogia», en *GER*, vol. VII, Madrid: Rialp, 367-369.

NIETO, A., 2007: *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid: Trotta.

ORTEGA Y GASSET, J., 1986 (1929): *La rebelión de las masas (con un prólogo para franceses, un epílogo para ingleses y un apéndice: Dinámica del tiempo)*, Madrid: Espasa-Calpe.

— 1983 (1953): «Individuo y organización», en *Obras completas*, Madrid: Alianza, 677-690.

PÉREZ LUÑO, A. E., 1993, 2011: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid: La Ley.

— 2007: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho* (5.ª ed. a cargo de R. GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE y F. LLANO ALONSO), Madrid: Tébar.

PRIETO SANCHÍS, L., 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson.

PUFENDORF, S., 2002 (1673): *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RIPERT, G., 1949: *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

— 1953: «Evolución y progreso del derecho», en VVAA, 1953: 11-31.

RUIZ SOROA, J. M., 2010: *El esencialismo democrático*, Madrid: Trotta-Fundación Alonso Martín Escudero.

SARTORI, G., 1987, 2007: *¿Qué es la democracia?*, Madrid: Taurus.

— 2001, 2003: *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, Madrid: Taurus.

SCHMITT, C., 2011 (1928): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza.

— 1971 (1932, 1968): *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar.

SOSA WAGNER, F., 2007: «Prólogo para españoles», en VANDELLI, 2006: 9-39.

TEUBNER, G. (ed.), 1987: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin-New York: de Gruyter.

TOCQUEVILLE, A. DE, 1985 (1835, 1840): *La democracia en América*, Madrid: Alianza, 2 vols.

VANDELLI, L., 2007 (2006): *Trastornos de las instituciones políticas*, Madrid: Trotta-Fundación Alonso Martín Escudero.

VIVES, J. L., 1948 (1531): «De las disciplinas», en *Obras completas*, vol. II, Madrid: Aguilar, 2 vols.

VVAA, 1961 (1953): *La crisis del derecho*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

ZAGREBELSKY, G., 1995 (1992): *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.

ZAPATERO, V., 2009: *El Arte de Legislar*, Cizur Menor, Aranzadi.

LAS MINORÍAS EN EL LENGUAJE DEL DERECHO. PERFORMATIVIDAD, CUERPOS Y TEORÍA DE LAS FICCIONES*

Dante Augusto Palma
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. ¿Qué respuestas ha dado el derecho a las reivindicaciones de minorías que abogan por una deconstrucción de la subjetividad y ponen en tela de juicio los supuestos datos objetivos de la materialidad de un cuerpo? ¿Hay, por ejemplo, un correlato entre las posibilidades aparentemente emancipatorias de una teoría de la performatividad y el lenguaje del derecho?
Sobre esta base, el siguiente trabajo profundizará sobre el rol que desempeñan las ficciones en el derecho y los senderos que puede transitar una teoría no-reprentacionalista del lenguaje, contrariando las pretensiones neopositivistas de hallar un lenguaje capaz de describir la realidad tal cual es, al momento de pensar un sistema jurídico más inclusivo y abierto a los nuevos desafíos que las complejas sociedades contemporáneas le demandan.

Palabras clave: Performatividad, cuerpos, minorías, ficciones, lenguaje.

Minorities in the Language of Law. Performativity, Bodies and Theory of Fictions

ABSTRACT. What responses has the law to claims of minorities who advocate a deconstruction of subjectivity and put into question the assumptions objective data of the materiality of a body? Is there, for example, a correlation between seemingly emancipatory possibilities of a theory of performativity and the language of law?
On this basis, this paper will deepen the role played by fictions in law and the paths that can move a non-reprentational theory of language, contrary to the neo-positivists sought to find a language capable of describing reality as it is, when thinking a legal system more inclusive and open to new challenges that complex contemporary societies demand.

Keywords: Performativity, bodies, minorities, fiction, language.

* Fecha de recepción: 29 de abril de 2015. Fecha de aceptación: 18 de junio de 2015.

El debate, desde una perspectiva institucional, jurídica y política, acerca del derecho de las minorías, en la actualidad, no puede pasar por alto las advertencias que, especialmente desde la tradición posestructuralista, se han realizado a la concepción moderna del sujeto y al universalismo liberal que de allí se siguió. Así fue que, por ejemplo, frente a aquellas primeras reivindicaciones por la igualdad llevadas adelante por colectivos de mujeres, afrodescendientes o grupos de gays y lesbianas, aparecieron referentes que, desde distintas disciplinas, llamaron la atención sobre el esencialismo en el que parecían caer muchas de las fundamentaciones críticas a cierta heteronormatividad y sobre el modo en que los discursos de la búsqueda de igualdad no ponían en juego el *statu quo* sino que, por el contrario, acababan dotándolo de cierta legitimidad.

A su vez, como no podía ser de otro modo, en estas discusiones, herederas del siglo atravesado por el giro lingüístico, la problemática del lenguaje tiene una presencia determinante que ha abierto nuevos campos de investigación con aportes de enorme riqueza.

Con todo, hay una pregunta que recorre el debate y refiere a cómo ha respondido el derecho a estas complejidades, esto es, cómo ha respondido el derecho a las reivindicaciones de minorías que abogan por una deconstrucción de la subjetividad y que ponen en tela de juicio, incluso, los supuestos datos objetivos de la materialidad de un cuerpo. ¿Hay, por ejemplo, un correlato entre las posibilidades aparentemente emancipatorias de una teoría de la performatividad y el lenguaje del derecho?

Indagar sobre este punto implica profundizar en el rol que desempeñan las ficciones en el derecho. Como se verá a continuación, el tránsito de las ficciones en el derecho ha sido tan controvertido como interesante y ha estado en la base de discusiones y autores determinantes en la historia de las reflexiones jurídicas. Sin embargo, no son tan abundantes las tematizaciones al respecto. En este sentido, se buscará llamar la atención, al menos, sobre la importancia de esta discusión a la hora de repensar un sistema jurídico más inclusivo y abierto a los nuevos desafíos que las complejas sociedades contemporáneas le demandan.

Desde la perspectiva de este trabajo, se entiende que la idea de la performatividad, desafiando las pretensiones neopositivistas de hallar un lenguaje estrictamente descriptivo capaz de representar la realidad tal cual es, ha sido la condición de posibilidad de la apertura de campos y visiones que han atravesado distintas disciplinas. En el campo del derecho, en concreto, la teoría de la performatividad permite rescatar elaboraciones críticas a aquel positivismo hegemónico y se ha transformado en el motor de una serie de enfoques propositivos novedosos.

Más específicamente, si aceptamos que los derechos, sean colectivos o individuales, no responden descriptivamente a una ontología, de manera tal que la adjudicación de éstos sea parte de una relación de correspondencia entre las afirmaciones del derecho y la realidad, es posible poner en tela de juicio, desde ahí, algunos de los pilares fundamentales sobre los que se sustentan, incluso hasta el día de hoy, determinadas perspectivas teóricas.

Es sabido que la noción de lo performativo fue introducida por AUSTIN en aquellas conferencias que fueron publicadas bajo el título *Cómo hacer cosas con palabras* y en la

actualidad son varios los pensadores que, incluso desde tradiciones diversas como la «izquierda lacaniana»[1], se basan en tal noción para dar cuenta del complejo fenómeno de la construcción de identidades. De todos estos autores, interesa en particular el caso de Judith BUTLER quien problematizó la noción de derechos de las mujeres tomando como eje central la performatividad del lenguaje y la controversia en torno a la agencialidad y al sujeto pasible de obtener derechos.

Pero la idea de que el lenguaje del derecho construye los sujetos a los cuales refiere es vicaria de una teoría del lenguaje que se intentará exponer aquí y que en el ámbito de lo jurídico puede ser rastreada a partir de la tradición que se encargó del problema de las ficciones en el derecho. Dicho de otra manera, una teoría no representacionalista, que pueda pensar al lenguaje como performativo, debe tematizar la plausibilidad de la separación clásica entre un lenguaje literal y otro metafórico, pues de aquí se sigue que un tipo de sentencias describan la realidad y otro no. En este sentido, el propósito de este trabajo es desarrollar los principales argumentos de aquellos pensadores que teorizaron el carácter ficcional del derecho de manera tal que se deje el terreno limpio para una propuesta de ampliación e inclusión de derechos a hombres y mujeres con diversas identificaciones y pertenencias.

1. LAS FICCIONES EN EL DERECHO

Si bien la cuestión de las ficciones podría incluirse en la discusión célebre entre lo que es y lo que aparece, entre lo verdadero y lo falso, o entre lo literal y lo metafórico, es necesario dirigirse a pensadores mucho más cercanos en el tiempo para profundizar la particularidad de lo ficcional. En esta línea, a comienzos del siglo XX apareció un estudio con pretensiones totalizadoras acerca de las ficciones[2]. Se trata del trabajo de Hans VAIHINGER, publicado en 1911, cuyo título resulta lo suficientemente descriptivo: *La filosofía del «como si»*[3].

Este alemán, quizás más conocido por ese breve artículo que KELSEN (1919)[4] le dedicara, se inscribe en la tradición de los nominalistas ingleses que deriva en el prag-

---

[1] Se puede englobar bajo esta denominación a BUTLER, LACLAU, MOUFFE y ZIZEK entre otros. Para profundizar en esta línea existe el muy buen trabajo de STAVRAKAKIS (2007).

[2] Antes existieron elaboraciones más generales acerca de la relación entre verdad y falsedad que obviamente incluían a la ficción como una de las formas de esta última a tal punto que muchas veces era difusa la diferenciación entre una serie de categorías que en el mundo contemporáneo tienen una especificidad: «En un momento u otro de la historia occidental, en un contexto u otro, la mayoría de las nociones verbales que intervienen en esas frases (imitar, reproducir, representar, fingir), así como la mayoría de los nombres comunes (y especialmente ficción, simulacro, imagen), han funcionado como sinónimo de *mímesis*» (SHAEFFER, 1999: 42). Un ejemplo de la indiferenciación es la famosa discusión en torno a la expulsión de los poetas en *República* y el espacio degradado que se da al arte mimético como alejado de la verdad. Si bien ARISTÓTELES fue menos taxativo con la ficción y resaltó, por ejemplo, la utilidad catártica de la misma, resulta claro que en la Antigüedad sería impensable encontrar elaboraciones que pudieran vincular de algún modo a la ficción, como forma de lo falso, con el proceso de conocimiento y de llegada a la verdad.

[3] Sin dudas, el pensamiento de VAIHINGER debe leerse bajo la influencia de NIETZSCHE de quien ha sido un lector profundo y sistematizador, como se verá a continuación.

[4] Más allá de que, como se verá a continuación, KELSEN retoma la propuesta de VAIHINGER pero marca claramente diferencias, debe mencionarse que una de las transformaciones más controvertidas de la teoría de KELSEN le debe demasiado al autor de *La filosofía del «como si»*. Específicamente, el cambio en torno a la

matismo de los siglos XIX y XX para realizar una reconstrucción encomiable acerca de cómo las ficciones se encuentran presentes en los diferentes ámbitos de la vida, el conocimiento, y son centrales en todas las disciplinas científicas. Hay ficciones en el derecho, quizás el ámbito donde más rápidamente se ha tomado conciencia de la utilidad de las mismas, pero también existen ficciones en la matemática y en las ciencias naturales, esto es, en aquellas disciplinas que aparentemente serían dependientes del tribunal de los hechos.

VAIHINGER intenta enumerar y clasificar los diferentes tipos de ficciones entre los cuales aparecen varias nociones cercanas cuya especificidad podría obviarse a los fines de este trabajo. Se encuentran, entonces, por ejemplo, las semificciones de las «clasificaciones artificiales» cuyo ejemplo saliente sería la categorización que crea LINNEO para dividir el sistema natural. Tal clasificación poco tiene que envidiarle a la hilarante e informe propuesta de la *Enciclopedia china* de BORGES (1952) que sirvió de inspiración a FOUCAULT en *Las palabras y las cosas*. Y lo mismo sucedería con lo que podría traducirse como «ficciones de sesgo» para identificar aquellos recortes arbitrarios que todo punto de vista realiza acerca de lo real. Aquí VAIHINGER menciona la forma en que Adam SMITH hace hincapié en el aspecto egoísta del Hombre en detrimento de «la buena voluntad».

Pero si se dejan de lado estas ficciones que bien podrían equipararse a aquella figura retórica de la *sinécdoque*, se observará que VAIHINGER reserva un capítulo para las ficciones *Tipo*, *Esquemáticas*, *Paradigmáticas* y *Utópicas*. Primas hermanas de las anteriores, este tipo de ficciones pretenden, antes que ocultar una parte, más bien desocultar el esqueleto que sostiene lo real (Ficciones esquemáticas); crear experimentos mentales para evaluar determinadas circunstancias que difícilmente puedan darse en la realidad (Ficciones Paradigmáticas); funcionar como ideales regulativos en el sentido de los modelos ideales de *República* de PLATÓN, *Utopía* de MORO, o *La Ciudad del Sol* de CAMPANELLA (ficciones Utópicas); o la construcción de tipos ideales que sirvan de referencia para comparar los organismos particulares (ficciones Tipo). También existen ficciones simbólicas (*analógicas*) que VAIHINGER encuentra en SCHLEIERMACHER, FICHTE y HEGEL, entre otros, o la característica función del derecho, esto es, la ficción de subsumir un caso particular en una regla general. Asimismo, no debe dejarse de soslayo la hipostatización, esto es, personificar, dotar de voluntad a determinadas entidades para interpretar sus «movimientos» análogamente a los de un ser humano. Ejemplos, en este sentido, van desde la Idea y la astuta Razón hegeliana, pasando por el secreto plan de la Naturaleza de KANT, hasta la euforia y las depresiones que sufren

---

naturaleza de la Norma Fundamental sólo puede entenderse a la luz de la propuesta de VAIHINGER. En palabras del propio KELSEN, retomadas por MARÍ (2002: 357): «La norma básica de un orden jurídico o moral [...] no es ninguna norma positiva, sino sólo pensada, o sea una norma fingida; en el sentido no de un acto real de voluntad sino de uno meramente fingido. Como tal es una ficción auténtica o «propia» en el sentido de la filosofía del «como si», de VAIHINGER, que se caracteriza no sólo por el hecho de que contradice la realidad, sino de que es, en sí misma, contradictoria». Asimismo, marcando el modo en que este viraje hace que KELSEN intente desprenderse de la fuerte impronta kantiana, MARÍ afirma: «El soporte del normativismo que, según el texto transcripto, ya no aprecia a la Norma Básica, *Grundnorm*, como una hipótesis lógico trascendental, sino como una ficción vaihingeriana, autocontradictoria y contradictoria con la realidad, implicó para algunos autores como Ian Stewart el canto de cisne de la teoría kelseniana, o cuando menos, el abandono de los apoyos kantianos y la búsqueda de otros horizontes para la justificación de la validez del derecho» (MARÍ, 2002: 357).

los Mercados. A esto deben sumárseles las ficciones heurísticas, las ficciones prácticas como las de «la libertad» y otros ejemplos muy cercanos a los mencionados[5].

Sin embargo, esta autoadscripción a la tradición de OCCAM, BERKELEY y HUME tiene sus límites pues su punto de vista, que él denomina «ficcionalismo», aun teniendo mucho en común con el pragmatismo, posee una diferencia importante: mientras para el pragmatismo lo que es útil en la práctica se convierte en verdadero en la teoría, el ficcionalismo de VAIHINGER afirma que una idea teóricamente falsa puede ser útil en la práctica.

Si bien no se puede obviar que el punto de vista de VAIHINGER podría generar escándalo en una época en la cual el positivismo lógico era dominante, parece necesario matizar en parte la radicalidad de su propuesta. En este sentido, la contracara de esta monumental reconstrucción de los diferentes tipos de ficciones que atraviesan el conocimiento del mundo, no deriva necesariamente en un escepticismo cognitivo ni en la negación del lenguaje como instrumento para alcanzar lo real. De hecho, podría decirse que la cara oculta de la afirmación «existen ficciones» es «existe la Verdad». En este sentido, la ficción ocupa, junto al error y a la mentira, el ámbito de lo «no real», lo «no verdadero». Sin embargo, la ficción tiene una especificidad que la hace por demás interesante, pues sería trivial construir una teoría cuyo principio general indicase simplemente que hay errores y mentiras en las diferentes ciencias.

La ficción no es un error porque la ficción es consciente de su no correspondencia con lo real[6]. Tampoco es una mentira porque en ningún momento intenta engañar haciéndose pasar por una verdad[7]. En este sentido, la forma lingüística «como si» está dando a entender que se va a referir a una entidad que no tiene una correspondencia empírica pero que se utiliza por alguna razón. Esta «alguna razón» será central para el desarrollo que se intentará seguir aquí, pues cabe preguntarse qué sentido tiene la utilización de falsedades conscientes[8]. Dicho de otra manera, y dado que es posible que

---

[5] En un apéndice titulado «Nietzsche und seine Lehre von bewusst gewollten Schein» («La voluntad de ilusión en Nietzsche») agregado a la segunda edición de 1913 de *La filosofía del «como si»*, VAIHINGER realiza un análisis exhaustivo de los diferentes pasajes en los que NIETZSCHE denuncia buena parte de las ficciones que son sistematizadas en su libro.

[6] Sobre este punto se erige una de las críticas de KELSEN. Como se verá a continuación, éste rescata en términos generales la propuesta de VAIHINGER aplicada al derecho, pero realiza varios señalamientos. En este sentido, KELSEN afirma que esta definición de la ficción como aquella figura que conscientemente entra en contradicción con la realidad es demasiado estrecha. Así, en el marco de la pretensión de crear una ciencia de lo jurídico, KELSEN agrega que la realidad no es el único objeto frente al cual la ficción puede entrar en contradicción. Así, si se piensa que existe una ciencia del derecho que pueda tener como objeto ya no a lo real sino al derecho mismo, es posible pensar una ficción que contradiga al objeto «derecho» y no al objeto «realidad».

[7] Para más adelante se dejará la interesante cuestión acerca de cuál es el status de una ficción de la cual se pierde conciencia de su origen y si, en todo caso, cabe que se la siga denominando ficción.

[8] VAIHINGER, una vez más, rastrea en NIETZSCHE esta clave de la ficción que será su carácter de «falsedad consciente». Sin embargo, la tematización de las ficciones realizada por el autor de *Humano demasiado humano* merece ser desagregada. En esta línea, VAIHINGER encuentra que en los escritos de juventud de NIETZSCHE, la utilización de la ficción o ilusión parecía restringida al arte, algo que cambia en los escritos póstumos de su periodo juvenil para abarcar el campo del conocimiento en general. Es allí donde se empieza a vislumbrar que, para NIETZSCHE, la ficción es constitutiva del modo en que los hombres aprehenden lo real. VAIHINGER avanza luego en un segundo periodo caracterizado por cierta tensión, probablemente fruto de las incoherencias o imprecisiones de la pluma nietzscheana, en la que conviven una suerte de crítica a la necesidad de utilización consciente de la falsedad con el modo en que NIETZSCHE hace referencia explícita a las ficciones propias de las matemáticas, de las ciencias naturales en general e, incluso, de categorías centrales para la política y la filosofía,

este tipo de utilizaciones den lugar a mal entendidos: ¿no sería más razonable eliminar de plano este tipo de figuras?

Varias respuestas podrían darse a esta pregunta: la primera, la cual se examinará más adelante bajo una concepción particular del lenguaje, indica que es imposible eliminar este tipo de figuras puesto que son constitutivas de la forma en que los humanos representan lo real. Es más, podría decirse que, desde este punto de vista y en la medida en que nunca el lenguaje puede representar la realidad tal cual es, la diferencia entre lo verdadero y lo falso debe vincularse, más bien, a la memoria y a la conciencia. Es decir, será verdadero todo concepto del cual se haya olvidado su origen ficcional y será falso todo concepto del cual se tenga conciencia de su imposibilidad de fidelidad representacional.

Pero esta respuesta no sería la de VAIHINGER, dado que no hay en su pensamiento una teoría del lenguaje en la cual se afirme que originalmente todo lenguaje fue ficcional y sólo la costumbre «convirtió» en verdaderas y literales determinadas proposiciones. Más bien lo que él respondería es que, si bien es posible hallar un lenguaje que represente la realidad tal cual es, las ficciones no deben eliminarse pues éstas pueden resultar útiles en el camino hacia la verdad[9]. Es decir, la razón por la que tiene sentido mantener una ficción es su utilidad. Así, es la ficción inútil la que correría el destino de los errores y de las mentiras. A tal punto VAIHINGER no pone en tela de juicio la noción de correspondencia con lo real que afirma que las ficciones deben ser siempre provisionales. Ninguna ficción que se eterniza puede ser defendible. Sólo aquélla que opera como una suerte de transición hacia la verdad se transforma en útil[10]. En este sentido, MARÍ señala:

> Una ficción es un arbitrario desvío de la realidad, un punto de transición para la mente, un lugar temporario de detención del pensamiento. Lo que distingue básicamente a una ficción es el expreso reconocimiento de su carácter de tal, la ausencia de cualquier reclamo de realidad. En las ficciones el pensamiento comete errores deliberadamente. Pero se trata de un error especial: consciente, práctico y completamente fructífero. Cada ficción debe justificar en sí misma el servicio que presta, el papel que cumple (MARÍ, 2002: 305)[11].

---

como libertad, sujeto y ser. Esta última línea se profundiza en lo que sería un tercer periodo, que incluye especialmente escritos póstumos de adultez donde NIETZSCHE se inclinaría por la reivindicación de la utilización consciente de la ficción y de la utilidad de las mismas (VAIHINGER, 1913).

[9] De hecho éste es el punto que más valoriza KELSEN de la propuesta de VAIHINGER. En este sentido, lo que el autor de la *Teoría pura del derecho* rescata es que en la propuesta del pensador del «como si», la ficción no aparece circunscripta al campo de lo artístico indiferente a cualquier pretensión de verdad. Más bien, todo lo contrario, es decir, lo que KELSEN resalta es que la concepción de la ficción en VAIHINGER apunta a darle a ésta un valor cognitivo (*vid.* KELSEN, 2003).

[10] Empiezan a vislumbrarse aquí las dificultades que se examinarán más adelante respecto a tomar, sin más, la visión de VAIHINGER para aplicarla a la problemática de los derechos. Pensar que los sujetos de derechos pueden ser, al principio, determinados a través de una ficción cuyo sentido es una transición hacia una verdad supondría quedar presos del ideal representacional. ¿Qué espacio quedaría para el nuevo sujeto que intenta construir el feminismo crítico si el límite de esa ficción, al fin de cuentas, chocará con la «realidad objetiva» del cuerpo «mujer» en tanto receptáculo de los derechos liberales y occidentales?

[11] Sobre este punto, KELSEN discrepa, amparado, una vez más, en que la ficción puede pensarse tanto como una contradicción con la realidad natural como con el derecho entendido como objeto de una ciencia jurídica. En este sentido, considera que las ficciones del derecho no son provisionales sino definitivas: «La conformidad de este resultado con el derecho, sólo puede medirse con referencia al orden jurídico; pero la contradicción con el orden jurídico no es, en el caso de la aplicación ficticio-analógica del derecho, una simple contradicción provisional y corregible, sino una contradicción definitiva, que no puede ser corregida poste-

Un elemento de apoyo a la afirmación precedente de que VAIHINGER en ningún momento renuncia a una idea de verdad, es uno de los ejes centrales de su libro: la distinción entre ficción e hipótesis. Así, VAIHINGER afirma, en el capítulo XXI de *La filosofía del «como si»*, que la hipótesis se encuentra dirigida hacia la realidad, tiene la pretensión de coincidir con el mundo externo y allí tiene su valor. En otras palabras, una hipótesis científica tiene sentido en la medida en que pueda pasar el test del tribunal de los hechos, esto es, en la medida en que pueda verificarse (VAIHINGER, 1911: 85). En cambio, la ficción es una construcción sin pretensiones de verificabilidad. Se asume que no hay nada en el mundo que pueda corroborar el contenido de la ficción. Sin embargo, suponer que determinado aspecto de lo real puede pensarse como si fuese otra cosa, es uno de los mecanismos más útiles para llegar a lo que la realidad definitivamente es. HOBBES no creía que los hombres de carne y hueso firmaron un pacto por el cual crearon una bestia marina llamada Leviatán tras salir del estado de Naturaleza para ingresar al campo jurídico; tampoco un matemático espera encontrarse con una recta o un círculo perfecto en la mesa real de su cocina ni Adam SMITH teme que una mano invisible le birle la billetera del bolsillo al ingresar al mercadito del barrio; aún menos, los biólogos o los físicos serios creen que los términos con que se refieren a lo real tienen pretensión de hallar correspondencia. Pero, en todos los casos, tales construcciones teóricas son útiles para intentar asir y clasificar la realidad.

Para dejar bien clara la distinción, es ilustrativa la oposición que maneja VAIHINGER entre el descubrir y el inventar. La hipótesis tiene un objetivo teórico: establecer relaciones causales entre los fenómenos. En este sentido, una hipótesis corroborada podría denominarse «un descubrimiento» pues quita el velo sobre algo que «estaba allí», en el mundo. La ficción, en cambio, no quita el velo de nada. No pretende ser la manifestación de una ontología escurridiza. La ficción no descubre; la ficción inventa. De ahí que VAIHINGER afirme que las hipótesis deben «verificarse» y las ficciones «justificarse» en el sentido de dar cuenta de la razón por la que se las utiliza[12].

En resumen, VAIHINGER otorga a la ficción cuatro características que podrían sintetizarse del siguiente modo: la primera tiene que ver con la «violencia». La ficción es violenta porque somete lo real a la forma de la ficción. Intenta hacerlo encajar cuan «Lecho de Procusto» en su «como si»; en segundo lugar, como se acaba de indicar, la ficción es transitoria; en tercero, una ficción de la cual no se tenga conciencia, no

---

riormente» (KELSEN, 2003: 43). Este carácter definitivo e incorregible de la ficción es el que lleva a KELSEN a afirmar que no deben admitirse las ficciones jurídicas (de la legislación y la aplicación) en el derecho. «Sin embargo, la ficción de la aplicación del derecho —esto es, la interpretación analógica— plantea una contradicción imposible de suprimir con respecto al orden jurídico. No constituye ningún rodeo, que a pesar de todo terminaría conduciendo a la "realidad" del derecho, sino un camino equivocado, que, quizás, conduzca a aquello que es considerado como útil y conveniente por la persona que finge, pero jamás al objeto de la ciencia del derecho: el derecho. [...] Por consiguiente, desde el punto de vista de la teoría del derecho una ficción del legislador es imposible; una ficción del órgano encargado de la aplicación del derecho es totalmente inadmisible, por ser contraria a los fines del derecho» (KELSEN, 2003: 45-46).

[12] Contra el uso de ficciones en el derecho está la postura del realismo jurídico de Alf ROSS quien cita a VAIHINGER para mostrar que la definición de ficción como suposición conscientemente falsa es contradictoria. Para ROSS, si la ficción es una proposición que ha sido aceptada conscientemente, se caería en la paradoja de que alguien considera que una misma proposición es falsa y verdadera a la vez. En el ejemplo del autor escandinavo citado por MARÍ: «Una ficción sería un enunciado del tipo "Está lloviendo, pero no creo que lo esté"». Sobre la postura de ROSS, *vid.* ROSS (1971); MARÍ, (2002); KELSEN, FULLER y ROSS (2003).

puede denominarse como tal; y, por último, toda ficción debe justificarse en un sentido utilitario. Si no es útil, es preferible no arriesgarse a la posibilidad de un error.

2. BENTHAM Y LA FICCIÓN COMO UN PROBLEMA DEL LENGUAJE

Si bien el libro de VAIHINGER es de lectura obligatoria para cualquiera que se interese en la problemática de las ficciones[13], existe un elemento central que el alemán parece haber pasado por alto: el rol decisivo del lenguaje. En otras palabras, si bien VAIHINGER parece dar un paso hacia la problemática del lenguaje cuando analiza en su capítulo XXII la forma lingüística de la ficción, distintos comentadores aciertan en la afirmación de que no existe en VAIHINGER una teoría del lenguaje robusta y explícita que funcione de soporte de sus avances en torno a la ficción (*vid.* MARÍ, 2002, y GONZÁLEZ PIÑEIRO, 2005).

Ante esta carencia, se debe retroceder algunas décadas en el tiempo para detenerse en el punto de vista de Jeremy BENTHAM, pues, en su prolífica obra (reunida en aproximadamente 70 volúmenes), es posible recuperar aspectos relevantes a la hora de analizar las ficciones.

En primer lugar, es necesario, como indica MARÍ, hacer una distinción entre un «primer» y un «segundo» BENTHAM. El «primero» es aquél que en *Fragmento sobre el Gobierno* define a la ficción como un pestilente aliento, una sífilis, un juguete para niños o un taimado diablo (MARÍ, 2002: 287). Sin embargo, esta guerra frontal contra la ficción debe circunscribirse al contexto particular de la disputa con uno de los juristas más importantes de la época: William BLACKSTONE. MARÍ señala en este sentido:

> Blackstone sintetizaba, entre otras especulaciones, la ficción política de *Los dos cuerpos del Rey*. Divulgada por los juristas ingleses a partir de la época de los Tudor, el texto de Blackstone insistía en el hecho de que el Rey, como persona privada, estaba sujeto a enfermedades, a la vejez y a la muerte. Como persona pública, en cambio, «el Rey nunca muere» (MARÍ, 2002: 285).

De aquí emergía un absolutismo ejercido no por un Estado abstracto, ni por una idea abstracta del derecho como en la alta Edad Media, sino por una ficción fisiológica que no parece haber encontrado paralelo alguno en el pensamiento secular. La descripción fantástica y sutil de BLACKSTONE completaba la ficción de que el rey es inmortal porque «legalmente» no puede morir —o no puede ser menor de edad— con la no menos sorprendente de que «no solamente es incapaz de errar, sino que ni siquiera puede pensar mal, o concebir una acción indebida: en él no cabe ni la locura

[13] Esto parece seguirse incluso de ese particular elogio realizado por KELSEN: «Consideradas más de cerca, esas ficciones jurídicas (las de la legislación y las de la aplicación del derecho) con ayuda de las cuales Vaihinger ha expuesto en gran parte su brillante teoría, son justamente las que no han resultado ser en absoluto esos constructos mentales de los cuales corresponde a Vaihinger el gran mérito de haber descubierto la esencia y el valor cognoscitivo. En cambio, la ciencia del derecho presenta otros conceptos auxiliares, totalmente análogos. Sin embargo, no es la ciencia del derecho la que arroja luz sobre estas ficciones —como lo cree Vaihinger—, sino a la inversa: las auténticas ficciones de la ciencia del derecho, las ficciones teóricas, se tornan comprensibles a través de las ficciones de las matemáticas y de las otras ciencias. Las ficciones de la teoría del derecho no tienen, en sí, nada específicamente jurídico, no constituyen un método característico de la jurisprudencia» (KELSEN, 2003: 56).

ni la debilidad» (MARÍ, 2002: 285). Dicho esto se puede comprender cómo, para este primer BENTHAM, la ficción era repudiable en tanto resultaba funcional para justificar el *statu quo* al que el pensador utilitarista tanto criticaba. Y, además, al menos en un primer vistazo impreciso, la irreverencia de la ficción frente al tribunal de los hechos parecería moverse con mayor holgura en el ámbito de los razonamientos iusnaturalistas que pregonan por la subsunción del derecho a la moral.

En este contexto puede observarse que, siguiendo la tradición positivista que tuvo su punto sobresaliente en los desarrollos del neopositivismo a comienzos del siglo XX, este primer BENTHAM interpreta a las ficciones como una de las formas de engaño a las que habitualmente somete el lenguaje, y a la que se debe eliminar si se pretende hacer una verdadera ciencia[14].

Sin embargo, como se indicaba algunas líneas atrás, también es posible hablar de un «segundo» BENTHAM. Para éste, la ficción merece ser rescatada y alcanza otro valor. Este cambio, extrañamente, no ha sucedido a partir de algún momento particular en el que hubiera renegado de su punto de vista anterior. Más bien se fue dando entremezcladamente con los textos más críticos, de manera tal que no sería descabellado afirmar que los vaivenes de BENTHAM respecto de la ficción tienen bastante que ver con el interlocutor de sus polémicas. Dado que la transformación no puede precisarse cronológicamente parece más adecuado hablar de «BENTHAM» y «el otro BENTHAM» aun a riesgo de sugerirle subrepticiamente al lector un principio de esquizofrenia.

Este «otro BENTHAM» aparece, entre otros textos, en la edición que realizó Charles KAY OGDEN, la cual recopila fragmentos de los once volúmenes en los que BOWRING, discípulo de BENTHAM, había compilado los escritos de su maestro. Esta obra póstuma de BENTHAM, editada por OGDEN en 1932, lleva como título *Teoría de las ficciones* y allí se puede observar cómo encara la problemática de la ficción a partir de su teoría del lenguaje, algo que, quizás paradójicamente, lo acerca al punto de vista de VAIHINGER por el cual la ficción es un escalón indispensable en nuestro camino hacia un lenguaje complejo acorde a la realidad.

Como bien indica GONZÁLEZ PIÑEIRO (2005), en uno de los estudios introductorios a la edición castellana de esta obra, no resulta casual el interés de OGDEN por el punto de vista benthamiano pues, aunque resulte extemporáneo, el compilador estaba tras las huellas de la construcción de un lenguaje filosófico universal, para lo cual, claro está, hace falta estar apoyado en una teoría del lenguaje robusta. En este sentido, Enrique MARÍ señala:

> El rasgo peculiar y distintivo del conjunto de estos trabajos, en lo que alude a nuestro problema es que, contrastados con el nivel anterior, no se niega aquí ya la necesidad de las ficciones. A la base de todo el fundamento del lenguaje humano, real o posible, está la distinción entre los nombres de entidades reales y los nombres de entidades ficticias. Los primeros, se vinculan con lo real mediante conceptos simples. Los segundos designan indirectamente a los primeros y, según su relación, deben clasificarse de términos ficticios de

[14] Esta línea de rechazo se puede completar con la afirmación de MALLACHOW extraída del libro de OLIVIER (1975) en el cual, a su vez, existe un exhaustivo desarrollo de las diferentes tradiciones y escuelas que niegan el papel cognitivo de la ficción: «No es que para el propósito de la percepción, la ficción no tenga valor en la ciencia legal: al contrario, consiste en su falsa y consciente imagen, en un astuto adversario del conocimiento, que a menudo lo extravía: es la denegación de la verdad legal científica» (*vid.* MARÍ, 2002: 279).

> primero, segundo y tercer grado [...] Las ficciones son ahora significados complejos cuya autoridad de empleo BENTHAM no niega aunque denuncia, cuando cupiere, su eventual confusión con las entidades reales. Son productos nominales del lenguaje, y ningún lenguaje puede prescindir de ellas. Es al lenguaje y sólo a él al que deben su existencia (MARÍ, 2002: 300-301).

En lo que a este trabajo compete, si bien se volverá sobre este asunto, cabe indicar que BENTHAM piensa los derechos como un tipo de ficción, pues, para éste, las entidades reales o ficticias se denominan por medio de un sustantivo, de manera que existe la posibilidad de interpretar como real algo que es ficticio. De este modo, BENTHAM denuncia que los «derechos», en cuanto entidades, son creados por el lenguaje frente al carácter real que los iusnaturalistas atribuyen a los derechos naturales del Hombre. Esta afirmación, sin duda abre la puerta hacia una necesaria elaboración acerca de en qué sentido puede afirmarse que una de las características del lenguaje es crear los objetos a los cuales se refiere y nos traslada a la teoría de los performativos de AUSTIN.

Sin embargo, cabe hacer énfasis en un punto más que permitirá ingresar en la teoría más radical de separación entre lenguaje y realidad puesto que AUSTIN, finalmente y más allá de la revolución que produjo su noción de performatividad en el contexto en que el positivismo lógico parecía ganar la partida, sigue considerando, a fin de cuentas, que, si bien existen enunciados realizativos, de ello no se sigue el fin de la capacidad del lenguaje para describir. Así, para AUSTIN, continúa existiendo un ámbito para lo literal y, con ello, para la noción de verdad por correspondencia entre lenguaje y realidad. Es este el punto en el que, a continuación, se hará hincapié.

3. EL LENGUAJE COMO ILUSIÓN: EL ESCEPTICISMO RADICAL DE FRITZ MAUTHNER

Enmarcado en el espíritu del positivismo lógico de las primeras décadas del siglo XX, con la precisión que caracteriza al *Tractatus*, WITTGENSTEIN, en una de las definiciones de lo que él entiende por filosofía, menciona una vez a Fritz MAUTHNER con una sentencia que no parece dar lugar a dudas: «Toda filosofía es crítica del lenguaje, pero no, por cierto, en el sentido de Mauthner» (WITTGENSTEIN, 1921: 4.0031).

WITTGENSTEIN se refería especialmente a una de las obras de este versátil pensador de origen checo que fue también escritor, periodista y hasta actor. Se trata de su *Contribuciones a una crítica del lenguaje*, publicado en 1901-1903.

Con una perspectiva actual, MAUTHNER podría ser descrito como el antecedente de un deconstructivista posmoderno o un seguidor de la escuela sofística del escepticismo radical. En esta línea, como bien indica MARÍ (2002), MAUTHNER hubiera afirmado, en caso de haber leído en *Tractatus*, que se «trata de la propuesta de un ocioso fanático del orden del lenguaje que correlaciona nombres con objetos» (MARÍ, 2002: 160).

No casualmente, un lector de MAUTHNER como Jorge Luis BORGES, quien bien podría pasar por un escéptico respecto a la posibilidad de que el lenguaje describa lo real, escribe ese maravilloso fragmento titulado «Del rigor en la ciencia». Allí parece dejar en ridículo la pretensión del «primer» WITTGENSTEIN de hallar un lenguaje capaz de ser una «pintura de la realidad» partiendo de la semejanza estructural entre las

proposiciones básicas y los hechos atómicos del mundo. Recordemos sus inolvidables palabras:

> Con el tiempo [...] los colegios de cartógrafos levantaron un mapa del imperio, que tenía el tamaño del imperio y coincidía puntualmente con él. Menos adictas al Estudio de la Cartografía, las generaciones siguientes entendieron que ese dilatado mapa era inútil y no sin impiedad lo entregaron a las inclemencias del sol y de los inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del mapa, habitadas por animales y por mendigos; en todo el país no hay otra reliquia de las disciplinas geográficas (BORGES, 1960: 119).

Sin embargo, curiosamente, MAUTHNER fue rescatado del olvido por la crítica, justamente, a partir del giro de WITTGENSTEIN en sus *Investigaciones filosóficas*. La idea de hacer hincapié en el uso del lenguaje y la noción de «juego», bien puede acercarse al punto de vista de MAUTHNER, puesto que, con elementos del nominalismo y el ficcionalismo, llama a liberarse de la tiranía de las palabras para demoler el optimismo neopositivista. Claro que MAUTHNER va un paso más allá y, partiendo de que todo lenguaje es individual, infiere de allí que la comunicación es imposible: las percepciones del dolor, de los colores, etc., son estrictamente propias y no hay garantía de que la abstracción llamada lenguaje represente y sea capaz de comunicar con precisión esas sensaciones. En esta línea, y en clave nietzscho-stirneriana, MAUTHNER indica:

> Aquello que sostienen, no solamente el cura y el pueblo acerca del lenguaje, lo que sobre él escriben casi todos los lingüistas, uno tras otro, esto es, que el idioma sea un instrumento de nuestro pensar (un admirable instrumento, además) me parece una Mitología. Según esta representación, aun hoy comúnmente aceptada, está sentada en un lugar cualquiera del cauce del lenguaje una divinidad, figura de hombre o de mujer, el llamado «Pensar», y domina bajo las inspiraciones de una divinidad análoga, la Lógica, sobre el lenguaje humano, con la ayuda de una tercera divinidad sirviente, la Gramática. Yo lo tendría como el más orgulloso resultado de mi investigación si pudiera convencer a la humanidad de lo falso e inútil de estas 3 divinidades, pues el servicio de los dioses falsos exige siempre sacrificios y, por consiguiente, es nocivo (MAUTHNER, 1901-1903: 35-36).

Caídos los falsos dioses, queda la inconmensurabilidad, la indeterminación y la arbitrariedad de toda clasificación como muestra maravillosamente BORGES en el ejemplo de la clasificación de los animales en «El idioma analítico de John Wilkins». En esta línea, MAUTHNER afirma:

> Si la interrogada expresión «mano», significa mano derecha o dedos, cinco dedos, cinco, o Yo juro, o suplico paz, o te quiero matar, etc., esto solamente por un cuidadoso método en preguntar; y en la naturaleza de la cosa está, que el sentido de formación de sílabas o formas análogas y que la función de las reglas de sintaxis sean aún mucho más difíciles de averiguar que los vocablos de cosas concretas; y que las abstracciones, a menudo, sean irresolubles por ser las representaciones de un pueblo diferentes a las de otro (MAUTHNER, 1901-1903: 50-51).

El lenguaje se muestra, así, como una mera ilusión y su pretensión descriptiva es denunciada casi burlonamente. La metáfora pictórica, tan utilizada desde el *Crátilo*[15] de PLATÓN hasta el Círculo de Viena, aparece como arbitraria representación de un afuera impenetrable.

---

[15] De hecho, en este diálogo, el personaje Sócrates recurre a la analogía entre la actividad del que nombra y la actividad del que pinta. Ambas son vistas como formas de representación.

> Nunca podrá ser el lenguaje fotografía del mundo, porque el cerebro del Hombre no es una cámara oscura verdadera y porque en el cerebro se albergan fines, y el lenguaje se ha formado según razones de utilidad (MAUTHNER, 1901-1903: 89).

Esta idea del lenguaje como fotografía del mundo es resumida por MARÍ en las siguientes palabras que le deben mucho, sin duda, al ejemplo de BORGES citado unas líneas atrás:

> Estos, a la manera de pequeños grafitos, constituyen una realidad física por medio de la cual se representan efectivamente imágenes antropomorfas. Los animales, por su parte, no aceptan los dibujos como verdades y, de hecho, la doctrina de que jamás será posible obtener conocimiento alguno por medio de una operación, trabajo o tiranía de las palabras aparecerá más clara si se las compara con los dibujos que ilustran un texto científico. Así, añade, tendríamos por mentecato al individuo que quisiera hacer un viaje de investigación por África, no sobre el terreno sino sobre un mapa (MARÍ, 2002: 165).

Pero en la propuesta de MAUTHNER aparecen elementos más ricos aún: por un lado, bajo esta concepción, el checo borra el límite de lo literal y, descansado en un relativismo profundo, afirma que todo acercamiento al mundo, desde la palabra, es metafórico. En esta línea se anticipa a una serie de teorías sobre la metáfora[16] muy interesantes, algo que puede sintetizarse en la expresión: «[...] al final, se ha perdido su sentido [el de la palabra] y sin sentido, se la toma en serio» (MAUTHNER, 1901-1903: 93-94). Esta frase muestra que lo que se considera literal no es más que una metáfora «fosilizada» por el tiempo, una metáfora que aparece como literal simplemente porque se ha olvidado su origen metafórico.

Más allá de estas deficiencias, el lenguaje resulta útil pues permite, con todas sus dificultades, algún tipo de «imprecisa» comunicación. En todo caso, el error está en suponer que el lenguaje es un instrumento del conocimiento. En este punto MAUTHNER es preciso: circunscríbase el valor del lenguaje como medio artístico pero niéguense sus cualidades cognoscitivas.

4. MINORÍAS FICCIONALES SIN CORRESPONDENCIA

Llegados a este punto, MAUTHNER puede dar razones para la perplejidad pero, al mismo tiempo, deja un terreno fértil para algunas aproximaciones. En otras palabras, el punto de vista de los teóricos de la ficción, e incluso el del padre de la noción de performatividad, otorgaba la llave de una puerta cuya apertura no alcanzaba aún para el ingreso de la problemática de las minorías. Es decir, sostener el carácter performativo del lenguaje del derecho mientras se mantiene una distinción tajante entre lenguaje literal y metafórico, permite justificar, todavía, una teoría representacionalista de los derechos. De este modo, sería posible determinar «objetivamente» quiénes son los receptáculos naturales a los cuales el lenguaje de los derechos refiere con pretensión de correspondencia. De sostenerse esta pretensión descriptivista, la performatividad sería limitada pues tendría que desarrollarse siempre dentro de las posibilidades que la «realidad» le otorga. Es por eso que una propuesta robusta de construcción de identidades y sujetos de derecho debe basarse en un escepticismo respecto de las posibili-

[16] Para un análisis exhaustivo de la problemática de la metáfora *vid.* el libro de H. PALMA (2004).

dades que el lenguaje tiene de asir lo real, pues si los hechos acaban siendo un tribunal incontrovertible, cualquier intento de creación de nuevas agencialidades alcanzaría un recorrido demasiado acotado. Si bien este escepticismo radical no es explicitado por BUTLER[17], considero que sólo la eliminación de la distinción entre lo literal y lo metafórico puede permitir a los teóricos de la performatividad avanzar libremente en un nuevo lenguaje del derecho que sea capaz de contener las nuevas identidades sin forzarlas a ingresar en alguna de las categorías que se presentan como representantes fidedignas de un dato de lo real. Este campo abierto a las posibilidades del lenguaje del derecho conlleva, sin duda, la amenaza del relativismo y el riesgo de que, en pos de mejorar la situación de hombres y mujeres individualmente o grupos específicos, se acaben perdiendo los importantes logros conseguidos en lo que a protección y garantías se refiere. Este parece el principal desafío y la propuesta para salir airosos de esta dificultad es algo que bien merece un desarrollo autónomo más allá de lo que se expuso en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., 1986: «Persona jurídica, ¿una ficción?», *Doxa,* núm. 3, 85-92.

AGUILAR, H., 2004: «La performatividad o la técnica de la construcción de la subjetividad», presentado en «Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Humanas», UNRC, Río Cuarto.

AUSTIN, J. L., 1962: *How to do things with words*, Oxford: The Clarendon Press (edición en español, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona: Paidós, 1992).

AYER, A. J., 1965: *El positivismo lógico*, México: FCE.

BENTHAM, J., 1932: *Bentham's Theory of fictions,* compilación realizada por C. K. OGDEN (versión en español, *Teoría de las ficciones*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2005).

BOCCARDI, F., 2010: «La performatividad en disputa: acerca de detractores y precursores del performativo butleriano», *Aesthetika*, *Revista Internacional sobre Subjetividad, política y arte*, vol. 5 (2), abril, 24-30.

BORGES, J. L., 1952: «El idioma analítico de John Wilkins», en *Otras inquisiciones*, Madrid: Alianza, 1998.

BORGES, J. L., 1960: «Del rigor de la ciencia», en *El hacedor*, Madrid: Alianza, 1998.

BOURIAU, Ch., 2013: *Le «comme si». Kant, Vaihinger et le factionalisme*, Paris: Editions du Cerf.

BROWN, W., y WILLIAMS, P., 2003: *La crítica de los derechos*, Colombia: Siglo del Hombre editores.

BRUNER, J., 2003: *La fábrica de historias. Derecho, literatura y vida*, Buenos Aires: FCE.

BUTLER, J., 1990: *Gender trouble. Feminism and the subversión of identity* (2.ª ed. de 1999) (edición en español, *El género en disputa*, Barcelona: Paidós, 2007).

— 1992: «Contingent foundations: feminism and the question of "posmodernism"», en J. BUTLER y J. SCOTT (eds.), *Feminist theorize the political* (edición en español, «Fundamentos contingents: el feminismo y la cuestión del "posmodernismo"», *La Ventana*, núm. 13, 2001).

[17] Tampoco por FOUCAULT si bien, en este caso, su pretensión de realizar una «historia de la verdad» y el señalamiento de las fluctuaciones de los espacios de veridicción y los *a priori* históricos, bien parecen contrariar la noción de correspondencia tan cara al sentido común.

— 1993: *Bodies that matter. On the discursive limits of «sex»*, Routledge: New York (edición en español, *Cuerpos que importan*, Argentina: Paidós, 2008).
— 1997: «Sovereign performatives», en *Excitable speech. A politics of the performative* (edición en español, «Soberanía y actos performativos», *www.accpar.org/numero4/index.htm*).
— 1998: «Actos performativos y constitución de género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista», *Debate feminista*, año 9, vol. 18, octubre.
— 2001: «There is a person here? An interview with Judith Butler», en BREEN y BLUMENFELD (comps.), *International Journal of sexuality and gender Studies*, vol. 6, núms. 1 y 2.
— 2004: «Conflicto de género, teoría feminista y discurso psicoanalítico», en C. MILLÁN DE BENAVIDES y M. ESTRADA (eds.), *Pensar (en) género. Teoría y práctica para nuevas cartografías del cuerpo*, Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana.
BUTLER, J., y ARONOWITZ, S., *et al.*, 1992: «Discussion», *October*, vol. 61, The identity in question, summer, 108-120.
BUTLER, J.; LACLAU, E., y ZIZEK, S., 2000: *Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues on the left* (edición en español, *Contingencia, hegemonía y universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires: FCE, 2003).
CÓRDOBA GARCÍA, D., 2003: «Identidad sexual y performatividad», *Athenea Digital*, núm. 4, 87-96.
DAVIDSON, D., 1984: *Inquiries into Truht and interpretation*, Oxford: Clarendon.
DEL MAR, M., y TWINING, W. (eds.), 2015: *Legal fictions in theory and practice*, Suiza: Springer.
ESPINOSA-MIÑOSO, Y., 2003: «A una década de la performatividad: de presunciones erróneas y malos entendidos», *Otras miradas*, vol. 3, núm. 1, Junio.
FELMAN, S., 1983: *Don Juan with J. L. Austin, or seduction in two languages*, Ithaca: Cornell University Press.
FOUCAULT, M., 1966: *Les mots y les choses, une archéologie des sciencies humaines* (edición en español, *Las palabras y las cosas*, España: Siglo XXI Editores, 2008).
— 1969: *L'archeologie du savoir* (edición en español, *La arqueología del saber*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008).
— 1970: *L' orden du discours* (edición es español, *El orden del discurso*, Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1996).
— 1978: *A verdade e as formas jurídicas*, Río de Janeiro: Pontificia Universidade Católica do Río de Janeiro (edición es español, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2003).
— 2004a: *Naissance de la biopolitique. Cours au college de France (1978-1979)* (edición en español, *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires: FCE, 2007).
HAHN, H.; NEURATH, O., y CARNAP, R., 2002: «La concepción científica del mundo: el Círculo de Viena», *Redes*, núm. 18, vol. 9, Buenos Aires, 103-149.
KELSEN, 1960: *Théorie puere du droit, introduction a la science du droit* (edición en español, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 2003).
KELSEN, H.; FULLER, L., y ROSS, A., 2003: *Ficciones jurídicas*, México: Fontamara.
KRIPKE, S., 1995: *El nombre y la necesidad*, México: Ediciones de la UNAM.
LATOUR, B., 2004: «Scientific objects and legal objectivity», en A. POTTAGE y M. MUNDY, *Law, Antrophology, and the constitution of the social. Making persons and things*, Cambridge: Cambridge University Press.
LECOQ, L., 1914: *De la fiction comme procédé juridique*, Paris: Librairie Nouvelle de Droit et jurisprudence Arthur Rousseau.
MARÍ, E., 2002: *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires: Eudeba.
MAUTHNER, F., 1901-1903: *Beiträge zu einer Kritik der Sprache* (edición en español, *Contribuciones a una crítica del lenguaje*, Madrid: Daniel Jorro Editor, 1911.

OLIVIER, P. J. J., 1975: *Legal fiction and legal science*, Rotterdam: University Press.

PALMA, D., 2014: «Sujetos de derecho y cuerpos performativos. Interrogantes sobre un diseño institucional capaz de proteger a las minorías», *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XIX (2014), 69-88.

— 2014: «El sujeto de derecho de las minorías. Nuevas categorías y una crítica a la concepción de los derechos diferenciados en función de grupo de Will Kymlicka», *Ideas y valores. Revista Colombiana de Filosofía*, vol. XLIII, núm. 155, agosto 2014, 191-217.

— 2015: *El sujeto de derecho en el siglo XXI. Ficción, lenguaje performativo e identidades estratégicas de las minorías*, La Plata: Ediciones de la Facultad de Periodismo UNLP.

PALMA, H., 2004: *Metáforas en la evolución de las ciencias*, Buenos Aires: Baudino Ediciones.

PLATÓN, 2004: *Crátilo* (traducción, introducción y notas de Ó. MARTÍNEZ GARCÍA), Madrid: Alianza Editorial.

POTTAGE, A., 2004: «Introduction: the fabrication of persons and things», en A. POTTAGE y M. MUNDY, *Law, Antrophology, and the constitution of the social. Making persons and things*, Cambridge: Cambridge University Press.

RUIZ, A. E. C., 1991: «Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)», en AAVV, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SABSAY, L., 2011: *Fronteras sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*, Argentina: Paidós.

SCHAEFFER, J. M., 1999: *Pourquoi la fiction?* (edición en español, *¿Por qué la ficción?*, España: Lengua de trapo, 2002).

SEARLE, J., 1969: *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge: Cambridge University Press (edición en español, *Actos de Habla*, Cátedra: Madrid, 1980).

SOIFER, A., 1985: «Reviewing legal fictions», *Georgia Law Review*, núm. 20.

STAVRAKAKIS, 2007: *The lacanian left. Psychoanalysis, Theory, Politics* (edición en español, *La izquierda lacaniana. Psicoanálisis, Teoría, Política*, Buenos Aires: FCE, 2010.

SUPIOT, A., 2005: *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit* (edición en español, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores).

VAIHINGER, H., 1911: *Die philosophie des «als ob»,* Octava edición, Leipzig: Meiner, 1922.

— 1913: «Nietzsche und seine Lehre von bewusst gewollten Schein» (edición en español «La voluntad de ilusión en Nietzsche») en H. VAIHINGER, *Die philosophie des «als ob», Reuter und Reichardt,* Berlin, 2.ª ed.

VIRNO, P., 2004: *Quando il verbo si fa carne* (edición en español, *Cuando el verbo se hace carne*, Argentina: Tinta Limón, 2004).

WALTON, K., 1978: «Fearing fictions», *Journal of Philosophy*, LXXXV.

WEILER, G., 1970: *Mauthner's Critique of language*, Cambridge: Cambridge University Press.

WITTGENSTEIN, L., 1921: *Tractatus lógico-philosophicus* (edición en español, *Tractatus*, Madrid: Alianza Editorial, 2007).

— 1954: *Philosopische Untersuchungen* (edición en español, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Crítica, 2004.

UNA VISITA DE KELSEN *

Jesús Vega
Universidad de Alicante

RESUMEN. Se investiga en este trabajo la única visita que Hans KELSEN hizo a España a lo largo de su vida. Esta visita fue a Granada, en 1956, para asistir a una reunión del *Institut de Droit International*. La Universidad de Salamanca había nombrado a KELSEN doctor *honoris causa*, junto con otros juristas, en 1954, con ocasión de su VII Centenario. En ese acto se había otorgado también la misma distinción a Francisco FRANCO, Jefe del Estado español. KELSEN no acudió al acto de investidura. Cuando dos años después visita Granada se interesa, sin embargo, por obtener el diploma acreditativo dirigiéndose por carta a la Universidad de Salamanca. Esta carta se publica al final del presente trabajo. El objeto del mismo es averiguar la conexión que existió entre estos acontecimientos: por qué KELSEN no acudió a Salamanca para ser investido como doctor *honoris causa* en 1954 y por qué reivindicó este título en 1956 en su visita a Granada. Para ello, el trabajo considera tanto el contexto histórico-político de las relaciones España-Estados Unidos en ese momento, como también el contexto biográfico de KELSEN.

Palabras clave: Hans KELSEN, biografía, España, franquismo, *Institut de Droit International*, Granada, VII Centenario de la Universidad de Salamanca, doctor *honoris causa*, Berkeley, anticomunismo, positivismo jurídico.

A Visit by Kelsen

ABSTRACT. This paper investigates the only visit to Spain Hans KELSEN made throughout his life. This was to Granada in 1956, to attend a meeting of the *Institut de Droit International*. The University of Salamanca had appointed KELSEN honorary doctor KELSEN, along with other jurists in 1954, celebrating its seventh centenary. On the event was also awarded the same distinction to Francisco FRANCO, Head of the Spanish State. KELSEN excused attendance at the investiture ceremony. Two years later, during his visit to Granada, he was interested nevertheless in obtaining the diploma and addressed a letter to the University of Salamanca to that effect. This letter is published at the end of this paper. The purpose of the latter is to find out the connection that existed between these events: why KELSEN did not go to Salamanca to collect his honorary doctorate in 1954 and why he claimed it in 1956 during his visit to Granada. For that purpose, the paper takes into consideration both the historical-political context of the Spain-EEUU relations and the biographical context of KELSEN.

Keywords: Hans KELSEN, biography, Spain, Franquism, *Institut de Droit International*, Granada, VII Centenary of Salamanca University, doctor *honoris causa*, Berkeley, anticommunism, legal positivism.

* Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación *Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho* (DER2013-42472-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen tienen por objeto dar noticia de cierta pequeña pero intrincada historia que seguramente resulte desconocida —me atrevería a decir— para muchos de los iusfilósofos de nuestro país, aunque tal vez no tanto para otros colegas del gremio jurídico, como los internacionalistas o los historiadores del derecho. Una historia cuyos hechos tienen que ver con la presencia en España de Hans KELSEN, el eminente teórico del derecho. Su presencia real y efectiva, en persona, quiero decir: no ya su presencia doctrinal, que es ubicua, paradójica y epidérmica a partes iguales, como bien sabemos.

Solía darse por sobreentendido entre nosotros que el autor de la gran *Teoría pura del Derecho* y quien fuera calificado célebremente como «el jurista de la época» nunca había tenido la oportunidad de visitar nuestro país, a diferencia de otros grandes iusfilósofos como HART o DWORKIN. Y sin embargo esa suposición es equivocada: KELSEN sí que visitó España en una ocasión, en concreto la ciudad de Granada durante unos breves días en abril de 1956 para tomar parte en la XLVII Reunión del *Institut de Droit International* allí celebrada[1].

Debo evocar aquí una ocasión en la que yo mismo pude comprobar cómo ese sobreentendido afloraba de nuevo. Se trataba de una charla de sobremesa en el marco de cierta reunión académica celebrada hace algún tiempo y en la cual se encuentra la causa biográfica inmediata de la redacción de estas líneas, razón por la cual la traigo aquí. En aquella circunstancia —hablo de un congreso internacional— Manuel ATIENZA debía intervenir en la sesión vespertina con una ponencia sobre «Kelsen and Hart in 20th-century Legal Philosophy in Spanish-speaking Countries». No recuerdo bien si fue éste o Francisco LAPORTA, también presente, quien comentando al respecto redundó en la observación acerca de la lamentada ausencia de KELSEN de tierras españolas —que no hispánicas, pues eran conocidos sus viajes a Latinoamérica: Argentina, México, Brasil, Uruguay y hasta Cuba—, ausencia que contrastaba, por ejemplo, con la legendaria conferencia que HART había dictado en la Universidad Autónoma de Madrid en 1979, en donde anticipaba en quince años las tesis del *Postscriptum*, etcétera.

Yo di entonces por descontada la verdad de aquel comentario. Pero ello no impidió que viniera a mi mente la noción, nebulosa pero tenaz, de que KELSEN en realidad sí que habría venido al menos en una ocasión a España, siquiera de forma fugaz. Así lo manifesté ante mis contertulios, no sin titubeo, queriendo recordar vagamente que la visita se habría producido con ocasión de algún evento académico (¿tal vez una tesis doctoral?) y que así pude haberlo escuchado en alguna ocasión de algún colega solventemente informado (¿tal vez José DELGADO PINTO en una de sus visitas a la Universidad de Oviedo?). Ante las dudas, ajenas y propias, recuerdo que, aprovechando la tecnología a la mano, hice una rápida búsqueda en internet («Kelsen en España»), que me llevó de inmediato a diversos textos sobre el tópico, en ninguno de los cuales hallé sin embargo la ansiada corroboración del dato. De manera que tuve que conformarme

[1] En realidad, KELSEN estuvo dos veces en España, aunque la primera de ellas —como se verá— difícilmente puede ser calificada de «visita».

con anotar mentalmente la tarea pendiente de certificar en algún otro momento su verdad o falsedad.

La cosa no hubiera pasado de ahí —de morir en el limbo de las curiosidades pendientes— si a ese dato no se hubieran anudado posteriormente otros que, como pasa siempre con los datos, lo volvieron significativo. El «contexto de descubrimiento» de aquella conversación de sobremesa me condujo, en efecto, al «contexto de justificación» gracias a otros hechos que pude averiguar a continuación y cuya conjunción revestía de un inesperado sentido y, ahora sí, de un interés mucho mayor que el de una simple corroboración empírica a la hipotética visita española de KELSEN. En intercambio por correo electrónico en las semanas posteriores con la profesora Lourdes SANTOS de la Universidad de Salamanca pude contrastar no sólo lo verídico de mi borrosa intuición sino también que su fuente había sido efectivamente el profesor DELGADO PINTO, catedrático de Filosofía del Derecho de esa Universidad y precisamente uno de los mejores conocedores —junto con su también discípulo Miguel Ángel RODILLA— de la obra kelseniana. Pero esa nueva información iba a contar, para mi sorpresa, con una inesperada ampliación. Pues ahora resultaba que las ciudades de Granada y de Salamanca quedaban puestas en conexión, no a través de un vago recuerdo mío relativo a KELSEN, sino a través de KELSEN mismo.

Los hechos en cuestión, cuya concatenación tejía ese nuevo contexto de sentido completamente imprevisto, eran, para exponerlos desde el principio, los siguientes:

1.º) A KELSEN le había sido otorgado el Doctorado *honoris causa* por la Universidad de Salamanca, junto con otros profesores, tras ser propuesto por la Facultad de Derecho en 1954.

2.º) Esa universidad había propuesto conceder igualmente, en 1948, el Doctorado *honoris causa* a Francisco FRANCO, Jefe del Estado español, en reconocimiento de sus méritos como Generalísimo y Caudillo de España vencedor de la guerra civil.

3.º) El acto de investidura se celebró en 1954, coincidiendo con el VII Centenario de la Universidad salmantina.

4.º) KELSEN no acudió al acto de investidura doctoral.

5.º) Dos años más tarde, en 1956, KELSEN visita Granada.

6.º) Se interesa desde allí por el diploma de doctorado *honoris causa* y por su pertenencia efectiva al claustro de la Universidad de Salamanca, poniéndose a tal efecto en contacto con ésta por escrito.

Puestos al tanto de lo inédito y chocante de estos hechos, los dos interlocutores de la conversación antes mencionada consideraron que sin duda merecían ser investigados a fondo y su relato dado a conocer. El propio ATIENZA sugirió que «Una visita de Kelsen» sería un buen título. Lo que sigue es, pues, el resultado de mi indagación de esa visita y su circunstancia.

Una indagación que resultó ser finalmente mucho más que una simple «narración fáctica». De un lado, porque los hechos fundamentales sobre los que versa son «hechos negativos», es decir, omisiones. Fundamentalmente: ¿por qué *no* vino KELSEN a Salamanca? ¿por qué *no* rechazó el doctorado *honoris causa* otorgado por el franquismo? Las evidencias al respecto eran además inexistentes o fragmentarias. La investigación requería, pues, *reconstrucción*. De otro lado, la explicación de esos

hechos (la «circunstancia»), necesaria para su comprensión y correcto juicio, involucraba contextos tan heterogéneos como la oscura España del primer franquismo y la última etapa académica y vital de KELSEN en Estados Unidos. Requería también, pues, *interpretación*.

He intentado ajustarme en todo momento a datos objetivos eludiendo en lo posible la especulación, aunque advierto desde el principio que ésta no ha podido eliminarse del todo. También he tratado de resistir la tentación de ser más amigo de Platón que de la verdad. Mi propósito, de cualquier modo, no ha sido tanto hacer una investigación historiográfica (para lo cual disto de estar capacitado) cuanto rendir un homenaje a la figura de KELSEN y a su trayectoria vital en una época, esa que le tocó vivir, sin la menor duda mucho más difícil y tormentosa que la nuestra.

2. KELSEN EN GRANADA: LA REUNIÓN DEL *INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL*

En una amable carta, que aprovecho ahora para agradecer públicamente, el profesor José DELGADO PINTO me informó con exactitud —documentación incluida— de lo fundamental acerca de las circunstancias del nombramiento de KELSEN como doctor *honoris causa* por la Universidad de Salamanca, circunstancias que enseguida detallaré. El dato de la visita de KELSEN a España pude corroborarlo ya en la biografía de Rudolf A. MÉTALL donde consta expresamente la cita de Granada[2]. Pero DELGADO PINTO me lo confirmó además en primera persona: el jurista vienés habría estado en Granada en la primavera de 1956 «en un congreso (creo que de derecho internacional)», de cuya celebración «no dispongo de documentación» pero sí un «vago recuerdo», puesto que «entonces yo trabajaba allí en mi tesis doctoral».

La averiguación sobre este congreso me llevó a descubrir que se trataba en realidad de la XLVII Reunión del *Institut de Droit International* que tuvo lugar en Granada del 11 al 20 de abril de 1956. Precisamente el Director de tesis de DELGADO PINTO era Luis Sánchez Agesta, quien ocupa un lugar en nuestro relato por dos razones. Primero, era catedrático de lo que entonces se llamaba «Derecho político» (la tesis de Delgado versaba sobre el concepto de «leyes fundamentales» y su relación con

[2] MÉTALL, 1976: 92. Como se sabe, MÉTALL fue discípulo y amigo de KELSEN. Esta semblanza biográfica, que es la más conocida, es de suponer que cuenta por consiguiente con su aprobación. Pero el mismo KELSEN escribió dos piezas autobiográficas: una *Autopresentación* (*Selbstdarstellung*) —muy breve y de carácter más doctrinal que personal, firmada en Viena en 1927— y una *Autobiographie* escrita veinte años después, en 1947, ya en Berkeley, cuando KELSEN veía el fin de su carrera universitaria en Estados Unidos y que MÉTALL reproduce en más de dos terceras partes. Ambos escritos estaban inéditos y no fueron dados a conocer hasta 2006. El 11 de octubre de ese año, conmemorando el 125.º aniversario de su nacimiento, ambos se editaron en un volumen especial presentado en el parlamento austriaco coincidiendo con el anuncio del proyecto de una edición crítica de sus obras completas en treinta volúmenes en colaboración con el *Hans Kelsen-Institut. Cfr.* JESTAEDT (ed.) (2006). El primer volumen de esas obras completas, aparecido el año siguiente, incluye las dos autobiografías junto con los primeros escritos de KELSEN publicados entre 1905 y 1910. *Cfr.* KELSEN, 2007. Las dos reseñas autobiográficas, con la introducción y notas críticas de JESTAEDT, han sido traducidas al español por L. VILLAR BORDA: KELSEN, 2008. Otras aproximaciones biográficas de las que he hecho uso en este trabajo son: NITSCH, 2009: OLECHOWSKI, 2011; GARCÍA-SALMONES, 2013, Cap. 5; LOSANO, 2006; LADAVAC, 1998; EHS/GASSNER, 2015; SCHAMBECK, 2013; ROBLES, 2014.

el de constitución)[3] y un reconocido erudito: tenía que ser, por tanto, conocedor de la obra de KELSEN. Segundo, era a la sazón el Rector de la Universidad de Granada (desde 1951 hasta 1960) y en su condición de tal (había sido nombrado por otro protagonista de nuestra historia de quien luego hablaremos: el ministro de Educación Joaquín RUIZ GIMÉNEZ) presidió la Comisión organizadora de la reunión del *Institut de Droit International* e intervino de manera principal en su solemne sesión inaugural y en su desarrollo, que tuvo lugar en la propia Universidad. Ambas razones corroboran efectivamente que DELGADO PINTO debió de tener conocimiento directo del evento y de la presencia de KELSEN en Granada. Sólo su juventud (tenía veinticuatro años) y, por supuesto, la distancia en el tiempo (han pasado casi sesenta años desde entonces) permiten explicar tal vez la vaguedad del recuerdo. Nada le habría impedido estar presente en aquella sesión inaugural —a la que sabemos asistió todo el profesorado de la Facultad de Derecho— y conocer en persona al autor que años después habría de estudiar tan a fondo[4]. Pero es obvio que también ha de formar parte central de la explicación del olvido la condenación académica que la figura de KELSEN sufrió en la España de aquellos años: una figura, recordemos, ya consagrada desde los tiempos de la República como cimero representante de la tradición del derecho público alemán[5], muy significado desde el punto de vista doctrinal e ideológico en pro de la democracia liberal y, por ello, proscrito en el primer franquismo. Que KELSEN fuera rabiosamente condenado y al mismo tiempo honoríficamente distinguido en Salamanca y Granada nos introduce de lleno en las contradicciones de nuestra historia necesitadas de interpretación. En cualquier caso, como también comprobaremos, hay razones para pensar que el paso de KELSEN por Granada fue bastante breve y que no permaneció en la ciudad durante todas las sesiones de la reunión. Pero vayamos a la reunión misma.

Como se sabe, el *Institut de Droit International* es una entidad muy similar en formato y función a la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Fue fundada por un grupo de juristas en 1873 en la ciudad belga de Gante como sociedad científica de carácter no gubernamental bajo el designio de promover el desarrollo del derecho internacional, según una máxima que con el tiempo sería desde luego divisa kelseniana: la paz a través del derecho. Celebra encuentros bianuales de forma prácticamente ininterrumpida desde entonces (con el elocuente lapso de las dos guerras) siguiendo la práctica itinerante de no vincularse a ninguna ciudad o país a fin de mantener su independencia.

La reunión de Granada, en la que se dieron cita 67 miembros (de un total de 117), procedentes de los cinco continentes, aunque con un claro predominio europeo, fue presidida por el español José María YANGUAS MESSÍA, catedrático de derecho internacional de la Universidad Central de Madrid, antiguo ministro de Estado durante la dictadura de Primo de Rivera y presidente del Instituto entre 1954 y 1956. Como

---

[3] RODILLA, 2002: 737-738. SÁNCHEZ AGESTA fue el principal representante de lo que, con clamoroso oxímoron, se ha querido llamar el «constitucionalismo franquista» y fautor de la *Ley Orgánica del Estado* de 1967.

[4] En 1958 pasaría DELGADO PINTO a ser profesor adjunto de Derecho Natural y Filosofía del Derecho (RODILLA, 2002: 738).

[5] *Cfr.* SOSA WAGNER, 2004: 151 y ss. Ahí figuraban además nombres como los de LABAND, JELLINEK, MAYER, HELLER, SCHMITT, TRIEPEL, etc. Es sabido que fue fundamental el papel de la Junta para la Ampliación de Estudios pensionando a los más talentosos de entre los jóvenes juristas españoles para formarse en Alemania. *Vid.* SOSA WAGNER, 2009 y 2002: 146 y ss.

Presidente honorario actuó Ch. DE VISSCHER, ex juez del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya. Con pocas excepciones, la mayoría de los asistentes eran juristas y profesores, miembros de tribunales internacionales y altos tribunales nacionales, abogados y asesores gubernamentales. En total pertenecían a 36 países y entre sus nombres destacados figuraban los de A. VERDROSS (quien también reaparecerá en nuestro guión), H. BATIFFOL, P. GUGGENHEIM, J. BASDEVANT, R. AGO,... Cabe destacar que Alf ROSS, el iusfilósofo realista y también discípulo de KELSEN, era asimismo miembro asociado del Instituto (a título de «Professeur de Droit Public et de Philosophie de Droit»), aunque no estuvo presente en la sesión de Granada. KELSEN era miembro honorario del Instituto. Había sido nombrado en la reunión anterior de 1954 (celebrada en Aix-en-Provence) a propuesta de VERDROSS. Representaba a los Estados Unidos.

El congreso fue, sin duda, un evento de primera importancia tanto para la ciudad de Granada como para su universidad. También lo fue para el régimen de FRANCO, dada la coyuntura política internacional de España, como tendremos ocasión de ver. Indicio de tal importancia fue la gran repercusión que la reunión del *Institut* tuvo en la prensa de la época. El periódico entonces más influyente del país, el *ABC* de Madrid, siguió el desarrollo del encuentro prácticamente a diario, desde su inauguración hasta su clausura, reseñando con sorprendente despliegue de pormenores el transcurso de las sesiones y el contenido de las ponencias y debates, así como sus protagonistas y los actos sociales del congreso. Esta información periodística, junto con la crónica de la reunión que uno de sus miembros redactó para la *American Journal of International Law* ese mismo año y los pocos datos que sobre ella constan en el *Anuario* editado por el Instituto, constituyen de hecho las fuentes casi exclusivas de donde he podido extraer los datos aquí narrados[6]. Por increíble que parezca, en el archivo de la Universidad de Granada no obra información alguna, ni documental ni gráfica, relativa a la reunión del Instituto de Derecho Internacional. Algo bastante insólito, teniendo en cuenta que, como ya se dijo, la sesión inaugural de la reunión tuvo lugar en solemne ceremonia oficiada en el paraninfo de la Universidad, el 11 de abril, en presencia del Rector, y las ocho jornadas de la reunión tuvieron lugar en las propias aulas de la Universidad[7].

A la ceremonia de apertura acudieron las autoridades políticas, militares y eclesiásticas. En su discurso inaugural, el Presidente del Instituto —YANGUAS MESSÍA—no perdió la ocasión, como era predecible, para remontarse a la autoridad de la escolástica clásica española, particularmente además en la persona de un ilustre granadino: Francisco SUÁREZ. YANGUAS pudo encontrar en la obra de éste hilos bastantes para enhebrar de una sola puntada la ciudad de Granada, el *Institut de Droit International*, la escuela hispánica del derecho de gentes y la situación internacional coetánea de España: para ello venían como anillo al dedo los pasajes 17 al 20 del *De Legibus* relativos al *ius gentium*. Conservamos el discurso íntegro gracias a la publicación de las actas de la reunión en el *Annuaire*[8]. Pero interesa transcribir cómo fue reproducido en la prensa de la época, pues ello ofrece buena muestra de hasta qué punto el significado

---

[6] *Cfr.* FINCH, 1956: 640-647. También puede verse una pequeña reseña en SCHÄTZEL,1956. *Vid.* también el *Annuaire de L'Institut de Droit international,* vol. 46: Session de Grenade, Avril 1956 (Bale, Editions Juridiques et Sociologiques S.A., 1956).

[7] *Annuaire*, *op. cit.,* 75; *ABC*, 13 abril de 1956.

[8] *Annuaire*, *op. cit.,* 99-106.

de la reunión trascendía efectivamente mucho más allá de la ciudad de Granada. La crónica del diario *ABC* resumía con profusión y exactitud el discurso de YANGUAS en los siguientes términos:

> Todavía en los comienzos del siglo XVII, anticipándose en tres siglos a nuestro tiempo, el gran teólogo y jurista granadino supo fijar con acierto insuperable la naturaleza y los principios del derecho de gentes y de la sociedad internacional. Su doctrina es una admirable síntesis de la doctrina clásica española fundada en el siglo XVI en su cátedra de Salamanca por Francisco de Vitoria y en la que, a lo largo de los siglos, brillaron nombres como los de Vázquez de Menchaca, Soto, Molina, Báñez, Lorca y tantos otros. «Ningún Estado se basta a sí mismo ni puede prescindir en algún grado de la asistencia mutua, de la asociación y del intercambio con los demás; unas veces, para obtener más ventajas y bienestar; otras, por padecer una verdadera indigencia moral, como lo comprueba la experiencia». Palabras éstas de Suárez que, no obstante su lejanía en el tiempo, son de tan gran actualidad en el mundo en que vivimos. «Para conducirse y gobernarse con rectitud en esta especie de asociación, los Estados tienen necesidad de un cierto derecho que la razón natural aconseja y la costumbre de las naciones ha introducido en su vida de relación». Así nace el Derecho Internacional. Imagen de esta universalidad es el propio Instituto reunido en Granada. Compuesto de juristas originarios de todos los continentes, este Instituto refleja la diversidad de razas, de religiones y de culturas. Pero a todos les liga un vínculo común: su vocación por el Derecho y su amor por la justicia. Órgano de la conciencia jurídica del mundo civilizado, el Instituto no es ni una academia especulativa ni una conferencia diplomática. Asociación exclusivamente científica y sin carácter oficial, no cultiva una ciencia puramente teórica; formula principios y redacta proyectos susceptibles de ser acogidos en convenios internacionales, en las leyes internas de los Estados, o en las sentencias de los árbitros y de los jueces. El Instituto de Derecho Internacional persigue así, como perseguía Suárez, el equilibrio entre lo ideal y lo real, entre la razón que exige y la voluntad que consiente, entre la justicia objetiva permanente y el derecho histórico y variable aceptado por los Estados[9].

No había presencia de autoridades gubernamentales (no era procedente quizá dada la neutralidad política del *Institut*), pero resulta evidente que la celebración de la reunión en Granada estaba siendo utilizada políticamente en el marco de la estrategia de integración internacional del régimen franquista emprendida por aquellos años. Un régimen que acababa de conseguir el levantamiento de la condena internacional y el ingreso en la ONU de España. El suareciano «ningún Estado se basta a sí mismo» (*Leg.*, II, 19, 5) reflejaba perfectamente el rumbo de la rectificación de la política autárquica de posguerra, a 20 años del final de la contienda civil, aunque aún tardarían bastante tiempo en cambiar las cosas dentro del país.

No sabemos cómo pudo resonar a oídos de KELSEN, allí presente, esa inflamada invocación del fundamento iusnaturalista del derecho internacional hecha por el discurso de YANGUAS, adornada además de tal modo con la idea escolástica de «ciencia práctica», pero es fácil de imaginar: como una doble *contradictio in adiecto*. De lo que sí podemos dar noticia parcialmente es de su intervención en la reunión. El citado *Annuaire* de 1956 contiene la transcripción de las deliberaciones de todas y cada una de las sesiones así como las actas de las votaciones de las propuestas finales, donde los votos figuran *nominatim*. Ahí comprobamos que KELSEN no intervino ni una sola vez

[9] «Ningún Estado se basta a sí mismo ni puede prescindir de la asociación con los demás. Discurso de D. José de YANGUAS MESSÍA en la apertura de la XLVII Reunión del Instituto de Derecho Internacional», *ABC*, jueves 12 de abril de 1956, 34.

en los debates de las ponencias y que solamente emitió un voto (positivo) en la primera de las propuestas (que versaba sobre un asunto de derecho internacional privado). No estuvo presente en las seis últimas sesiones (que discutían cuestiones mucho más cercanas a temas estudiados por él, como la jurisdicción obligatoria del TIJ, la regla de agotamiento de los recursos internos o la interpretación de los tratados) ni tampoco asistió a la jornada de clausura[10]. Su presencia en la reunión parece que fue, pues, más bien simbólica o testimonial, quizá como correspondía a su condición de miembro honorario. Lo más probable es que abandonara Granada después del 16 de abril.

Tal vez por ello el día anterior, domingo 15, se publicó una entrevista suya en el diario *ABC*, que días atrás venía recabando también la opinión de otros egregios congresistas (YANGUAS, DE VISSCHER, BASDEVANT). Bajo un titular que anunciaba «Continúa sus tareas en Granada el Instituto de Derecho Internacional», el subtítulo añadía: «KELSEN opina que los Estados, como miembros de las Naciones Unidas, han perdido parte de su soberanía». En el cuerpo de la entrevista se le presentaba como «tratadista jurídico de renombre mundial y fundador de la llamada escuela de Viena. Austríaco de nacimiento, es en la actualidad súbdito de los Estados Unidos, en cuya Universidad de Berkeley (California) explica Jurisprudencia y Derecho Internacional». A continuación se transcribían estas declaraciones suyas:

> [S]i por "soberanía" se entiende una ilimitada libertad de acción, los Estados como miembros de las Naciones Unidas han perdido, ciertamente, parte de su soberanía. La Carta les impone la obligación de refrenar en sus relaciones internacionales el uso de la fuerza, excepto en su autodefensa, y de arreglar sus conflictos solamente por medios pacíficos. La Organización de las Naciones Unidas es, por su propia naturaleza, una organización superestatal, pero no es un "superestado". En cuanto a la licitud de una guerra atómica, su criterio es que está ciertamente prohibida como guerra agresiva por la Carta de la ONU. Probablemente está también prohibida por el derecho general internacional en cuanto sus efectos destructores no puedan ser restringidos a los combatientes de las potencias beligerantes, sino que inevitablemente se extenderían a la población civil. Una prohibición general de las armas atómicas por convenio internacional es altamente deseable, si bien bajo las actuales circunstancias políticas del mundo tal acuerdo parece dudoso. Referente a una legislación internacional para la protección de los derechos humanos, el profesor KELSEN estima que es técnicamente posible. Pero ello sería efectivo solamente si el individuo cuyos derechos han sido violados por una acción de su Estado puede invocar a un Tribunal Internacional competente para abolir el acto ilegal de tal Estado. Esto supone una restricción de soberanía que la mayor parte de los gobiernos existentes probablemente no aceptarían. El ilustre miembro de honor del Instituto tampoco cree que pueda llevarse a la práctica en la hora presente el establecimiento de un Tribunal internacional con jurisdicción y medios coactivos apropiados para el mantenimiento de la paz en el mundo[11].

Conocemos también algunos de los actos sociales a los que KELSEN, junto con los demás congresistas, asistió durante su estancia en Granada[12]. E incluso, aparte de su

---

[10] *Cfr. Annuaire*, *op. cit.,* 81 y ss., 124 y ss., 176 y ss., 265 y ss., 317 y ss., 355.

[11] *ABC*, 15 de abril de 1956, 78.

[12] No me resisto a transcribir la narración que FINCH hace de la parte lúdica del evento: «El programa social para la ocasión fue amable y generosamente organizado por los anfitriones españoles. Muchos de los miembros y asociados estaban acompañados por sus esposas, y algunos vinieron con sus hijos. Entre las sesiones de trabajo de los hombres se cursaron visitas a los famosos monumentos de Granada, cristianos y árabes, y una excursión dominical dio a los miembros y asociados la oportunidad de conocer la costa mediterránea con sus familias. El Presidente del Instituto y el Alcalde de Granada, con sus encantadoras esposas, recibieron y agasaja-

pequeño itinerario turístico español y de los productos culturales patrios de que pudo disfrutar, sabemos de un inesperado suceso que debió de volver algo agitada la parte final del congreso y la visita de KELSEN a Granada (si es que aún permanecía allí). El día anterior a la clausura, el 19 de abril, se produjo un fuerte terremoto —de los más graves del siglo XX en España— que arrasó algunas localidades próximas a Granada y afectó muy seriamente algunos barrios de la ciudad, causando un total de 13 muertos y 73 heridos[13]. Tal fue la gravedad del seísmo que el propio FRANCO visitó las zonas dañadas unos pocos días después (el 2 de mayo), como se da cuenta ampliamente en la prensa de la época.

De manera que el azar quiso que por muy poco no llegaran a cruzarse KELSEN y FRANCO en persona. De haberse prolongado unos días más aquella reunión de Granada tal vez tan prestigiosa comisión internacional, pese a su carácter «no oficial», no habría podido evitar un encuentro con el Jefe del Estado. De cualquier modo, contrafácticos aparte, lo cierto es que la trayectoria vital de KELSEN ya se había cruzado antes, virtual pero no por ello menos efectivamente, con la de FRANCO: ambos habían sido galardonados con el doctorado *honoris causa* por la Universidad de Salamanca. KELSEN, sin embargo, desistió de acudir a la ceremonia. ¿Por qué lo hizo? ¿Tuvo ello algo que ver con el hecho de que FRANCO fuera investido con el mismo honor académico en la misma ceremonia? Antes de ensayar cualquier respuesta a estas preguntas debemos recabar datos sobre ese otro solemne acto que involucró a KELSEN con España. Recorramos para ello los pasos que KELSEN dio, él mismo, en dirección a Salamanca.

3. DE GRANADA A SALAMANCA

En efecto, sabemos que durante su estancia en Granada KELSEN llevó a cabo gestiones ante el Secretario General de la Universidad, A. MESA-MOLES, para que éste

---

ron a todo el grupo en recepciones vespertinas en sus bellas residencias privadas; el Alcalde ofreció también un almuerzo en la biblioteca de la Universidad; el municipio dio un almuerzo en los jardines de verano del Palacio de la Alhambra; y el gobierno provincial [*Provincial Council*] obsequió a los invitados con un colorido festival regional en un enclave histórico. El Rector de la Universidad organizó un almuerzo en los salones del rectorado y también un concierto nocturno de música española en el gran salón de actos de la Facultad de Medicina a cargo de la consumada pianista Alicia de Larrocha. El Instituto correspondió a todas estas cortesías ofreciendo un banquete a sus anfitriones españoles en el Hotel Alhambra Palace la noche del 18 de abril» (FINCH, 1956: 644). En las notas de prensa y en la presentación del *Annuaire* que hace el secretario WEHBERG podemos contrastar que las rápidas visitas a los monumentos entre las sesiones de mañana y tarde, el almuerzo en la biblioteca universitaria (una «copa de Jerez» ofrecida por el Rector SÁNCHEZ AGESTA, según WEHBERG), las recepciones privadas y el concierto tuvieron lugar entre el jueves 12 y el sábado 14; que la pianista ejecutó piezas de ALBÉNIZ, FALLA, GRANADOS y TURINA; que la excursión mediterránea fue el domingo 15 de abril a Motril, Almuñécar «y alguna otra localidad de la costa del sol granadina»; que los jardines de verano eran en realidad los del Generalife (martes 17); y que el «colorido festival regional» tras la cena organizada por el Instituto como colofón del congreso la noche del miércoles 18 fue una «fiesta andaluza» («*la soirée de danses espagnoles et gitanes*», dice Wehberg) en la Casa de los Tiros. (A estos dos últimos eventos, como hemos apuntado, es muy posible que KELSEN no acudiera ya). La cena de clausura fue presidida por YANGUAS MESSÍA, quien hizo una emocionada exaltación de la ciudad de Granada recordando su historia árabe y cristiana «para confirmar que es una realidad el título de la película *Todo es posible en Granada*». También «manifestó que el Instituto de Derecho Internacional es una gran familia» (*ABC*, 15 y 19 de abril de 1956). *Cfr.* SCHÄTZEL, 1956: 63; *Annuaire*, cit., V.

[13] El acta de la sesión de clausura refleja la alusión del presidente YANGUAS a que el encuentro de Granada terminó felizmente «*malgré la réalisation de diverses manifestations météreologiques et sismiques*» (*Annuaire*, *op. cit.,* 356).

contactara a su vez con el Secretario de la Universidad de Salamanca, M. GARCÍA BLANCO. El objeto de ello era interesarse por su situación como Doctor *honoris causa*, habida cuenta de que no había acudido al acto de investidura, y, desconociendo si era preceptiva la asistencia, recabar la posibilidad de recibir el diploma acreditativo.

La gestión fue cumplidamente realizada, tal como resulta de los tres documentos siguientes:

1.º En primer lugar, la carta oficial que el Secretario de la Universidad de Granada remitió a su homólogo de Salamanca:

Sr. Don Manuel García Blanco
Secretario General de la Universidad de *Salamanca*

Mi querido colega:

Le pongo estas líneas rogándole que me informe de una consulta que me hace el Prof. Hans Kelsens [*sic*], que según me dice fué [*sic*] propuesto Doctor Honoris Causa por esa Universidad, aceptando complacidísimo el nombramiento, aunque no le era posible desplazarse de los Estados Unidos, y como a pesar del tiempo transcurrido no se le ha enviado Diploma alguno, tiene la duda de si es realmente Doctor Honoris Causa por esa Universidad, o si es preceptiva su asistencia a la misma.

Según dice es Doctor Honoris Causa de otras Universidades, aún [*sic*] cuando no haya asistido al acto de la investidura solemne.

En espera de sus noticias y rogándole perdone estas molestias quedo suyo affmo. amigo y compañero.

3-7-1956. Firmado: Antonio MESA-MOLES

2.º En segundo lugar, el borrador de contestación que, en el mismo expediente[14], figura adosada a la carta anterior sin firma ni fecha:

Contestación a la carta adjunta

Mi querido amigo y compañero: En contestación a su carta del día 3, que he encontrado aquí a mi regreso de Alemania, le agradeceré comunique al profesor Hans Kelsen, que recibirá el diploma con su nombramiento de Doctor «honoris causa» de esta Universidad, título que le fue concedido con ocasión del VII Centenario de la misma, en su residencia de los Estados Unidos, de manos de nuestra representación diplomática. A tal fin conviene que nos haga saber su dirección exacta para ese momento, que será en el próximo otoño. Si hubiésemos sabido que venía a España se habría activado la impresión del Diploma para que él mismo se lo llevase, pero ya no hay tiempo, pues no lo tendremos listo antes del próximo mes de septiembre.

Un cordial saludo de

3.º Y en tercer lugar, y sobre todo, la carta manuscrita que el propio KELSEN dirige al secretario salmantino (cuyo facsímil, en francés, aparece reproducido al final del presente trabajo):

Basilea, Suiza,
30 de julio de 1956

[14] Los tres documentos que aquí transcribo obran en el Archivo Central de la Universidad de Salamanca (Exp. AC 17628/7). Tuve conocimiento de ellos a través de DELGADO PINTO quien, según me contó en la carta antecitada, hizo copia de los mismos cuando fue secretario general de esa Universidad (1963-1967) con el permiso del entonces rector. Luego pude comprobar que habían sido ya publicados en el estudio de MARTÍNEZ NEIRA, 2004: 206-207.

Señor Manuel García Blanco
Secretario General de la Universidad de Salamanca
Salamanca, España

Amigo mío, el profesor Antonio MESA-MOLES me ha informado de que tiene usted la enorme amabilidad de enviarme, en el próximo otoño, el diploma referente al Doctorado «Honoris Causa» que la Universidad de Salamanca me ha concedido. Permítame que le indique mi dirección exacta:

2126 Los Angeles Avenue,
Berkeley (cerca de San Francisco), *California*, USA

Aprovecho esta oportunidad para expresar una vez más mi sincero agradecimiento por el gran honor con el que una de las universidades más antiguas y célebres del mundo me ha distinguido.

Le ruego acepte, Señor Secretario General, el testimonio de mis sentimientos más sinceros.

Hans Kelsen

Como se ve, la carta de contestación a KELSEN desde Salamanca debió de ser enviada por el secretario GARCÍA BLANCO dentro del mismo mes de julio, casi a vuelta de correo. La prueba de que así fue efectivamente (de que, por tanto, no quedó en borrador) es que la carta de KELSEN desde Suiza está fechada el 30 de julio y tiene por único objeto confirmar el dato de su dirección en Estados Unidos para el envío del diploma. La respuesta de KELSEN es muy pronta, como vemos (tal vez MESA-MOLES le informó telefónicamente o por telegrama), lo que demuestra su gran interés por recibirlo. Ahora bien, lo que no sabemos es si el diploma en cuestión le fue finalmente remitido o no. No figura en los archivos del *Hans Kelsen-Institut*[15]. Tampoco consta documento alguno en el archivo de la Universidad de Salamanca que acredite el envío, como sí sucede en cambio con otros doctores *honoris causa* extranjeros nombrados en la misma ocasión y que fueron igualmente proclamados en ausencia. Se trata en particular del caso del hispanista Archer M. HUNTINGTON, también procedente de Estados Unidos: en el archivo de la Universidad se conserva la misiva que José M.ª DE AREILZA, el entonces embajador de España en aquel país, dirigió en 1955 al Rector de Salamanca contestándole que con mucho gusto haría llegar a manos del señor HUNTINGTON el diploma de doctor *honoris causa*[16].

Más aún: no tenemos constancia siquiera de que KELSEN aceptara de manera formal el nombramiento en 1954. La carta de MESA-MOLES que acabamos de reproducir dice que lo aceptó «complacidísimo», y que su inasistencia fue debida a la imposibilidad de desplazarse desde Estados Unidos. Pero lo cierto es que eso tampoco está nada claro.

---

[15] Preguntado al respecto Th. OLECHOWSKI, director junto con C. JABLONER del *Hans Kelsen-Institut*, responde a través de correo electrónico: «*In fact, we do not possess the diploma itself, but we are sure that he received the certificate*». Repreguntado por alguna prueba al respecto, matiza: «*So there is no definitive proof that Kelsen has got the diploma ever*».

[16] Universidad de Salamanca, *Documentos de Doctores Honoris Causa designados para ser investidos el 10 de mayo de 1954* (AC 17628/7). No he podido confirmar que ninguna de ambas entregas tuviera efectivamente lugar, pues la embajada española en Washington, según comunicación por correo electrónico, «no tiene un archivo que llegue tan atrás». No hay prueba, por consiguiente, de que la promesa hecha a KELSEN por la Universidad de Salamanca se verificara. Y en el caso de HUNTINGTON resulta muy dudoso, ya que éste falleció apenas dos meses después de la citada carta de AREILZA.

No existe evidencia documental directa de que KELSEN hubiera aceptado la investidura y excusara su asistencia en tiempo y forma mediante carta... ni tampoco de que rehusara el nombramiento: todo lo que sabemos fehacientemente es que no acudió al acto.

La única base documental que apoyaría que KELSEN aceptó el nombramiento como doctor *honoris causa* y rehusó asistir es de carácter indirecto. Se trata de la copia mecanografiada de un telegrama que el Rector de Salamanca envía a Madrid, al Ministerio de Educación Nacional. Dice así:

> [Sello de la Universidad]
> Núm. 179
>
> RECTOR UNIVERSIDAD SALAMANCA A DIRECTOR GENERAL ENSEÑANZA UNIVERSITARIA-MADRID
>
> Profesor Kelsen ha aceptado nombramiento «Doctor Honoris Causa» aunque no asistirá. Saludale [*sic*].
>
> Firmado: Antonio Tovar
> Salamanca, 4 mayo 1954

A desentrañar el sentido de estas exiguas palabras tendremos que dedicar luego algún detenimiento. Retengamos por el momento dos cosas: la fecha del telegrama (muy pocos días anterior a la fecha de la ceremonia misma) y su propio formato (que sugiere, según la hipótesis que vamos a conjeturar, un intercambio de telegramas o llamadas telefónicas con KELSEN en el que se le urgía a aclarar su posición en el último momento ante su falta de respuesta).

En cuanto al motivo con que, según MESA-MOLES, excusó su asistencia, la imposibilidad de viajar, no parece que fuera —provenga de MESA-MOLES o de KELSEN— en absoluto verosímil en esa época, por lo que luego diremos también. Parece, más bien, que la actitud de KELSEN fue la de guardar un cauto y prudente silencio, el cual se prolongó hasta un momento crítico que obligó a los organizadores del doctorado salmantino, temiendo que pudiese arruinarse la ceremonia, a contactar con él (y otros) para verificar su disposición a asistir o no a ella. Un silencio que, sin embargo, dos años más tarde —en 1956, ya en Granada— KELSEN reconsideró, hecho respecto del cual también es necesario dar alguna interpretación explicativa. Sí que resulta en cambio un motivo más fundado el de que a KELSEN ya le habían sido concedidos por otras universidades doctorados *honoris causa* en ausencia, esto es, sin asistir al acto de investidura. Ello sucedió, en realidad, en una sola ocasión: el doctorado concedido por la Universidad Nacional Autónoma de México (con motivo curiosamente también de un centenario, esta vez el cuarto) en agosto de 1951 (*cfr.* FLORES, 2014: 58), y que KELSEN no pudo recibir entonces personalmente. Ahora bien, el doctorado de la Universidad de Salamanca era completamente singular por sus características y por sus circunstancias políticas. Es hora ya de que nos adentremos en ellas.

4. UN DESHONROSO DOCTORADO *HONORIS CAUSA*

En la página 32 de la *Memoria* de la Universidad —entonces «Literaria»— de Salamanca que recoge las actividades académicas del curso 1953-54 puede verse el siguiente cuadro:

TÍTULOS DE DOCTOR «HONORIS CAUSA» CONCEDIDOS POR LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA Y FECHA DE SU CONCESIÓN

TERESA DE CEPEDA Y AHUMADA	(1922)
MIGUEL PRIMO DE RIVERA Y ORBANEJA	(1926)
JAMES BROWN SCOTT (EE.UU.)	(1927)
BENJAMÍN FERNÁNDEZ MEDINA (URUGUAY)	(1927)
ENRIQUE FINKE (ALEMANIA)	(1929)
EUGENIO DE CASTRO (PORTUGAL)	(1934)
FRANCISCO FRANCO BAHAMONDE	8-V-1954
MICHEL LEJEUNE (FRANCIA)	10-V-1954
MAX LEOPOLD WAGNER (ALEMANIA)	10-V-1954
JOACHIM DE CARVALHO (PORTUGAL)	10-V-1954
ARCHER M. HUNTINGTON (EE.UU.)	10-V-1954
LORENZO MOSSA (ITALIA)	10-V-1954
JOSÉ RAFAEL MENDOZA (VENEZUELA)	10-V-1954
ANTONIO CICU (ITALIA)	10-V-1954
FRANCESCO CARNELUTTI (ITALIA)	10-V-1954
FELICE BATTAGLIA (ITALIA)	10-V-1954
ALFRED VERDROSS (AUSTRIA)	10-V-1954
HANS KELSEN (ESTADOS UNIDOS)	10-V-1954
FRIEDRICH A. HENGLEIN (ALEMANIA)	10-V-1954
HERMANN STAUDINGER (ALEMANIA)	10-V-1954
KURT ALDER (ALEMANIA)	10-V-1954
ADOLF DABELOW (ALEMANIA)	10-V-1954
HERNANI BASTOS MONTEIRO (PORTUGAL)	10-V-1954
HONORIO DELGADO (PERÚ)	10-V-1954
MAXIMINO CORREIA (PORTUGAL)	10-V-1954

Como se comprueba, la nómina de doctorados honoríficos no era muy abultada antes de 1954, aunque comenzase nada menos que con una Santa y continuase con un Dictador. Pero ese año marca claramente un hito: entonces se conmemoró, como hemos adelantado, el VII Centenario de la Universidad y para celebrarlo se decidió conceder 19 doctorados *honoris causa* de una sentada. Todo un prodigio, no hay duda, para los anales del protocolo académico.

Más adelante en la misma *Memoria* se hace una «Crónica abreviada» del Centenario. Tras el relato de todos los antecedentes y celebraciones que tuvieron lugar ya desde octubre de 1953, se pasa a la narración de los actos de clausura, que dan comienzo el 8 de mayo de 1954:

> Y en esa solemne ocasión el Jefe actual del Estado español, S. E. el Generalísimo Francisco FRANCO recibió la investidura de doctor "honoris causa" de nuestra Facultad de Derecho.

El 10 de mayo fueron investidos, en efecto, los doctores extranjeros, todos ellos académicos: LEJEUNE (La Sorbona), WAGNER (Berlín) y CARVALHO (Coimbra), por Letras; MOSSA (Pisa) y MENDOZA (Caracas), por Derecho; HENGLEIN (Karlsrühe) en Ciencias; y DABELOW (Mainz), BASTOS (Oporto), DELGADO (Lima) y CORREIA (Coimbra), por Medicina. En total, diez doctores *honoris causa* por las cuatro Facultades entonces existentes.

Pero ¿qué fue de los ocho restantes? En la Memoria aparecen mencionados enseguida los doctores ausentes:

> También fueron proclamados doctores «honoris causa», en ausencia, y les serán remitidos sus nombramientos, los siguientes: Por la Facultad de Filosofía y Letras: Mr. Archer M. HUNTINGTON, de Estados Unidos, fundador de la *Hispanic Society of America*, de Nueva York. Por la de Derecho: los profesores Antonio CICU y Felice BATTAGLIA, de la Universidad de Bolonia; Francesco CARNELUTTI, de la de Roma; Alfred Verdross, de la de Viena, y Hans Kelsen, de la de California. Y por la de Ciencias: los profesores Hermann STAUDINGER, de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) y Kurt Alder, de la de Colonia[17].

Hasta aquí el resumen puramente académico de la ceremonia, tal como es relatado en la Memoria. Pero éste era en realidad un acto que desbordaba ostensiblemente la esfera de la academia. Para comprender plenamente su significado hay que contemplar los fastos del Centenario como lo que realmente fueron: una formidable operación de legitimación política del régimen franquista nacional-católico en su primer periodo, cuando aquella *nueva* España salida de la guerra civil, y ahora también supérstite de la guerra mundial, necesitaba ser apuntalada ideológicamente por todos los medios. A ello se prestaba a la perfección el centenario salmantino: permitía hacer confluir lo académico (la Universidad), lo eclesiástico (el Catolicismo) y lo político (el Imperio) del modo más propicio y con toda la parafernalia y prosopopeya precisas para los intereses ideológicos del régimen (*cfr.* PÉREZ DELGADO, 2006; VVAA, 2011).

A fin de llevar a cabo aquella histórica conjunción hasta las fechas se manipularon. En rigor el centenario de la Universidad ni siquiera tocaba en 1954: los *Studii Salmantini* fueron fundados por Alfonso IX en el año 1218 (de hecho, el VIII Centenario está programado para 2018). Se aprovechó oportunistamente que Alfonso X el Sabio le otorgara en 1254 el título de Universidad en Real Cédula de 8 de mayo (la famosa *Carta Magna* que regiría sus 12 cátedras). Semejante correlación histórica no podía dejarse pasar y así (dado que en 1943 la guerra lo imposibilitó y 1955 era, al parecer, esperar mucho) se celebraría el Centenario en el curso 1953-54: y el día elegido para la investidura del Jefe del Estado, el Generalísimo Francisco FRANCO, sería precisamente el 8 de mayo de 1954[18].

Pero el evento se planificó, obviamente, desde mucho antes. El acuerdo del claustro de la Universidad que propone la investidura de FRANCO es de seis años antes: del 9 de junio de 1948[19]. Con todo la cosa venía naturalmente de más atrás: las co-

---

[17] Universidad de Salamanca, *Memoria correspondiente al Curso Académico de 1952-1953. Actividades académicas del de 1953-54*, Salamanca, Talleres Gráficos Núñez, 1954, 76 y ss., 85, 88.

[18] *Cfr.* Universidad de Salamanca, *Memoria correspondiente al curso académico de 1951-1952. Actividades académicas del de 1952-53*, Salamanca, Talleres Gráficos Núñez, 1953, 66 y ss.; *VII Centenario de su constitución definitiva por Alfonso X El Sabio, 1254-1954. Programa de los actos conmemorativos que tendrán lugar los días ocho al doce de octubre 1953*, AC 7566/2.

[19] Universidad de Salamanca, *Libro de Actas del Claustro Ordinario*, AUSA 548, 101 y ss.; *Memoria correspondiente al Curso Académico de 1946-1947. Actividades académicas del de 1947-1948*, Salamanca, Imprenta y Librería Hijos de Francisco Núñez, 1948, 46. El rector era Esteban MADRUGA, catedrático de Derecho civil, nombrado por FRANCO en 1936 después de cesar a UNAMUNO. Convoca este claustro para elevar un escrito firmado por 24 catedráticos ocho días antes en el que «consideran que el primer Doctor "honoris causa" por la Universidad de Salamanca [...] debe ser el Jefe del Estado, Generalísimo de los ejércitos de Tierra, Mar y Aire y Caudillo de España, quien con su actuación en la Guerra de Liberación primero, y en las tareas del Gobierno

nexiones de FRANCO con la Universidad salmantina se remontaban a la guerra civil, y hasta 1953-1954 hubo largo tiempo para planear minuciosamente una operación político-académica como aquella. Ello no tuvo lugar sólo en Salamanca, sino también en el Ministerio de Educación Nacional, el de Información y Turismo y hasta el de Exteriores, como veremos: es decir, desde el Gobierno. La ceremonia salmantina del Centenario y el doctorado *honoris causa* con que se clausuró constituye una especie de fractal que reproduce la estructura del régimen de FRANCO —sus diversas y contradictorias caras— en esa década de los años cincuenta, una de las más oscuras de nuestra historia.

Ya desde la guerra la Cátedra salmantina se había convertido, en palabras de algún cronista local, en la «Cátedra Nacional», paralelamente a como la ciudad de Salamanca se convirtió en la capital político-militar del bando sublevado. Aquí fue elegido FRANCO Jefe del Gobierno del Estado Español («quien asumirá todos los poderes del nuevo Estado») por la Junta de Defensa Nacional en Decreto de 29 de septiembre de 1936. Y aquí, en el Palacio Episcopal, instaló su cuartel general hasta el final de la guerra (la capital administrativa fue Burgos), tras la cual emprendió la edificación en efecto del «Nuevo Estado» a base de demoler sistemáticamente las estructuras políticas de la República. Sólo tres días antes de la proclamación de FRANCO, el claustro de la Universidad (aún presidido por UNAMUNO) había dirigido un «Mensaje a las Universidades y Academias del mundo acerca de la guerra civil española», alineándose con claridad a favor del levantamiento[20]. Durante los tres años de la contienda la actividad académica se redujo prácticamente a cero[21]. Pero el dictador sí que había visitado el paraninfo salmantino durante esos años. Lo sabemos por la relación que el Rector MADRUGA hace de las actividades universitarias durante la guerra en la Memoria del curso 1939-1940, la primera que se publica acabada la contienda. Ahí, además de publicarse el citado Mensaje a las universidades del mundo en recio latín[22], se da cuenta de la clausura por FRANCO de unos cursos de magisterio en el Paraninfo «marcando a todos los profesores de España la ruta a seguir con las siguientes palabras: "No perdió su hora el Caudillo al venir aquí, dejando por un momento las tareas relacionadas con los frentes; que si allí se libran batallas de las armas, aquí se libran batallas de fe y de

---

de la paz después prestó un inestimable servicio a la Patria y a la Civilización occidental» (101-102). El escrito, al que el rector se adhiere «fervientemente», tenía por primer firmante a José BELTRÁN DE HEREDIA, catedrático de Derecho civil y otros 23 catedráticos, entre ellos Antonio TOVAR, el que sería rector en el Centenario. Es aprobado sin embargo «por aclamación», no por unanimidad, dado que el número de catedráticos era de 36 y sólo había 28 asistentes. Tres catedráticos ausentes secundan la propuesta por telegrama. Los cinco restantes (que no firmaron el escrito de propuesta ni asistieron ni se adhirieron a distancia) eran: Fernando GALÁN GUTIÉRREZ (Ciencias), José Antón ONECA, Julio TEJERO NIEVES y Francisco ELÍAS DE TEJADA (Derecho), y Miguel MORAZA ORTEGA (Medicina). *Cfr.* INFANTE, 2015: 16-7, n. 41.

[20] *Cfr. Libro de Actas del Claustro Ordinario*, *op. cit.,* 80 y ss. UNAMUNO, como se sabe, había hecho un donativo económico personal al Alzamiento. Después tuvo lugar su famoso enfrentamiento con MILLÁN ASTRAY en el Paraninfo y su destitución como rector.

[21] Dejó de publicarse la Memoria anual de la Universidad y, a juzgar por las actas, sólo hubo en ese tiempo cuatro reuniones del Claustro. Tampoco después de la guerra tuvo éste actividad hasta 1947, con una sola reunión. A ésta le sigue la de 1948 que propuso a FRANCO como *honoris causa*, y para la siguiente hay que esperar hasta 1952, ya con Antonio TOVAR como rector.

[22] Universidad de Salamanca, *Memoria sobre el estado de la instrucción en esta Universidad y establecimientos de enseñanza de su distrito, correspondiente al curso académico de 1938 a 1939. Anuario para el de 1939 a 1940. Variedades*, Salamanca, Imprenta y Librería Hijos de Francisco Núñez, 1940. Al mensaje sigue la carta de adhesión del rector de la Universidad de Bonn, cerrada con un estentóreo «¡Heil Hitler!» (46-47).

verdad"»[23]. También encontramos en esa Memoria a un personaje que ya conocemos: J. YANGUAS MESSÍA, el que sería presidente del *Institut de Droit International* en Granada, quien en 1937 fue invitado por la Facultad de Derecho (cuyo Decano era Manuel TORRES LÓPEZ) a pronunciar un ciclo de conferencias sobre «Beligerancia y Nuevo Estado» publicadas por la Universidad el año siguiente[24].

Como puede verse, en los años de posguerra la universidad española, y a su frente Salamanca como buque insignia, fue un instrumento más —aunque uno muy valioso— al servicio de la construcción del armazón ideológico del franquismo, una amalgama de falangismo, integrismo y tradicionalismo que se fraguó en esos primeros años[25]. El régimen franquista añadía al componente personalista y totalitario típico de los fascismos nacidos de la crisis de las democracias liberales en los años treinta un fuerte elemento nacional-católico y tradicional cuya principal determinación (y lo que le daba unidad interna) era, después de ganar la guerra, eliminar todo rastro de las ideas e instituciones próximas al liberalismo o la democracia, vistas como culpables de los males de la nación durante el último siglo. La peculiar y conflictiva combinación de las fuerzas del régimen (militares, falangistas, católicos y monárquicos, cuyas manifiestas pugnas fueron siempre instrumentalizadas por FRANCO) y la concentración cesarista del poder en manos de éste, con su habilidad para conservarlo mediante un rígido control social autoritario, marcaron su singularidad durante décadas (JULIÁ, 1999; MORADIELLOS, 2000; SAZ CAMPOS, 2013).

Tan pronto terminó la guerra, el lenguaje bélico, de trinchera, primero, y el de represión y depuración ideológica después[26], dieron paso a un discurso monolítico de justificación y «normalización», no menos violento y represor, que se mantuvo vigente prácticamente hasta entrada la década de los 60. La más lúcida definición de ese escenario es lo que ORTEGA Y GASSET (1965: 87, 356n.) acuñó como el «tibetanismo» político y cultural de España. La política de autarquía sucesiva a la economía de guerra se acompañó de tempranas tentativas de institucionalización del régimen mediante una serie de «leyes fundamentales»[27]. Los actos del Centenario de la Universidad de Salamanca y el

---

[23] *Ibid*., 43. El 18 de julio de 1937 se conmemoró en el paraninfo «el primer aniversario de iniciación de la gesta española [...] poniéndose de manifiesto la comunión espiritual de las Armas y de las Letras en nuestra Gloriosa Cruzada» (pág. 44).

[24] Puede verse el sumario de las conferencias *ibid*., 48-49.

[25] *Cfr.* FUENTES LABRADOR, *et al.*, 1991. Por supuesto, también la Universidad (y particularmente Salamanca) se benefició de su simbiosis con el régimen. Salamanca fue la primera universidad española a la que se concedió la potestad de conferir el grado de doctor, hasta entonces centralizada en Madrid (*cfr.* el Decreto de 6 de noviembre de 1953, donde se reconoce la conexión de este hecho con el Centenario). La aparente contradicción del principio jurídico *qui potest plus, potest minus* (la misma universidad que convertía a FRANCO en doctor *honoris causa* no podía nombrar doctores ordinarios) resultaba muy fácil de explicar: no era en realidad Salamanca quien otorgaba ese doctorado sino Dios y la Historia, como vamos a ver.

[26] La *Ley de Responsabilidades Políticas* de 1939 y la de *Represión de la Masonería y el Comunismo* de 1940 produjeron condenas a muerte, encarcelamientos y depuraciones para decenas de miles de personas haciendo pequeño el saldo de víctimas de la propia guerra. Sobre la depuración académica en las facultades de derecho, *cfr.* RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2008.

[27] Éstas fueron el *Fuero del Trabajo* (1938), la *Ley de Cortes* (1942), el *Fuero de los Españoles* y la *Ley del referéndum nacional* (1945), la *Ley de sucesión a la Jefatura del Estado* (1947). Sólo después del abandono de la autarquía y con el cambio de política económica producido a partir de los años sesenta puede considerarse consolidado tal proceso de institucionalización (*Ley de Principios del Movimiento*, 1958 y *Ley Orgánica del Estado*, 1967).

doctorado *honoris causa* concedido a FRANCO deben insertarse en este marco como un paso ideológico más en tal dirección. Una vez que el Eje fue derrotado en 1945, surgió la necesidad de legitimarse no sólo interna sino también externamente para un régimen que además de aislado estaba también condenado en el plano internacional. Y así es como, entre 1948 y 1954, pudo surgir la idea de organizar una «ceremonia *honoris causa* masiva»: convocar en Salamanca a un gran número de académicos extranjeros de prestigio permitiría neutralizar la idea de que el de FRANCO era un régimen asociado al exilio y la autarquía intelectual[28]. Este doble propósito, interno y externo, quedaba reflejado en las fechas dejando perfectamente clara la prioridad: FRANCO, el día 8 de mayo de 1954 (la efemérides histórica); los doctores extranjeros, el día 10[29].

El Centenario logró congregar a representantes de 123 universidades y 44 países a lo largo de todas las celebraciones cuyo colofón fue el doctorado *honoris causa* de FRANCO. Sin duda, el prestigio histórico de la universidad salmanticense era poderoso fuera de nuestras fronteras. Sin embargo, el evento no consiguió dejar de ser efectivamente «tibetano» pese a todo. No de otra manera cabe calificar, para empezar, que mientras en el concierto internacional los países occidentales prácticamente acababan de juzgar los crímenes nazis y de redactar la Declaración de los Derechos Humanos, aquí estuviera proponiéndose la más alta distinción universitaria al jefe de un régimen totalitario fascista, el único superviviente en Europa (junto al portugués), nacido de un golpe militar contra una república democrática. En su *Memoria* dirigida al Ministerio, el rector TOVAR justificaba que el grado de doctor concedido a FRANCO fuera precisamente *en Derecho*[30] aseverando que «le han hecho acreedor sus méritos como protector de la cultura, legislador y juez justo»[31]. «Tibetano» fue también el desarrollo

---

[28] Los actos de conmemoración del Centenario comenzaron en 1953 con unas *Jornadas de Lengua y Literatura Hspanoamericanas* y una *Asamblea de Universidades Hispánicas* que concluyeron el 12 de octubre, fiesta de la *Raza*. Ambos eventos pretendían materializar la apariencia del fin del aislamiento internacional de España echando mano de los lazos americanos y los vestigios ideológicos del pasado imperial. La labor fue desde luego muy ardua. En ella intervino activamente el Instituto de Cultura Hispánica de Madrid, de la mano del Secretario de la Oficina de Educación Iberoamericana, Carlos LACALLE, quien iba informando de las Universidades que iban a asistir o enviaban mensajes de adhesión. En carta de 21 de mayo al secretario GARCÍA BLANCO, LACALLE dice: «no estoy demasiado satisfecho de la marcha de nuestras invitaciones», pues «solamente cuatro ha enviado la tarjetita [de adhesión]». Las invitaciones habían sido cursadas hacia abril (*Asamblea de Universidades Hispánicas*, AC 7566/1). En carta del 22 abril al rector TOVAR confiesa a LACALLE: «creo que empujando —pero empujando celtibéricamente— la asamblea va a constituir un buen triunfo» y deja claro que «de la propaganda en América nos encargamos nosotros» (*ibid*.). Y así fue efectivamente: las universidades que designaron representante ascendieron a 71 y se adhirieron otras 23. Para el acto de clausura parece que iba a contarse con la presencia del mismo FRANCO, algo que finalmente se descartó y ello fue visto como un «problema» (Carta de 11 de agosto de 1953 de Carlos LACALLE al rector TOVAR, *ibid*.). Sobre ambos eventos puede verse la *Crónica Gráfica de los actos del VII Centenario de la Universidad de Salamanca, 8-12 octubre 1953*, Salamanca, Talleres Tipográficos Yglesias, s. d. [1954] (*VII Centenario. Publicaciones*, AC 7566/5), y el documental que NO-DO («Noticiarios y Documentales») dedicó a la celebración del Centenario («Salamanca y su Universidad, VII Centenario de la Universidad de Salamanca»): *http://www.rtve.es/filmoteca/no-do/not-563/1483334/* [fecha consulta 15 de febrero de 2015].

[29] En el programa oficial de actos queda significativamente relegada a mera nota a pie de página la investidura «de los profesores extranjeros recientemente nombrados» (*Programas de actos. Invitaciones. Protocolo. Alojamiento*, AC 7566/2). El día 9 era domingo.

[30] En 1965 la Universidad de Santiago de Compostela nombró a FRANCO Doctor *honoris causa* en Ciencias.

[31] *Memoria dirigida al Director General de Enseñanza Universitaria*, 17 de marzo de 1953 (*VII Centenario de la Universidad. Organización y presupuestos 1952-1953*, AC 7565/1).

mismo del acto. A diferencia del evento de Granada, donde se guardaron las formas (el significado diplomático internacional de la reunión así lo imponía), en Salamanca no hubo autocontención alguna. La investidura de FRANCO fue una obscena exhibición de las esencias totalitarias del régimen. Vino acompañada de los inevitables baños de masas (convenientemente aleccionadas y pagadas) que solía darse el caudillo, esta vez en la ciudad y la provincia salmantinas, donde los testimonios gráficos permiten constatar la perfecta vigencia popular del saludo romano[32]. La ceremonia en sí misma no sólo estuvo repleta de militares y clérigos sino que en ella hasta el *Cara al Sol* compitió con el *Gaudeamus*. FRANCO compareció con uniforme de capitán general. Tras asistir a un *Te Deum* en la Catedral, donde entró y salió bajo palio, y después de pasar revista a las milicias universitarias en el atrio, se dirigió al Paraninfo precedido de todo el claustro siendo recibido con todos los honores para presidir la sesión. Se modificó el protocolo académico a fin de que Carmen Polo de FRANCO ocupara un sitial preferente y elevado al lado derecho del estrado académico, desplazando a los galardonados. Entre las autoridades políticas tuvo también un sitio especial Pilar Primo de Rivera, jefa de la Sección Femenina de la Falange Española[33]. El doctor oficiante de padrino, Francisco HERNÁNDEZ TEJERO (catedrático de Derecho Romano y Decano), hizo una *laudatio* que fue en realidad *adulatio*[34]. A continuación dio inicio el antiguo ceremonial latino de imposición del grado de doctor, que había sido especialmente restaurado para la ocasión. El rector TOVAR en su discurso acuñó este académico lema: «El Caudillo para la Universidad, la Universidad para el Caudillo». En respuesta, el Generalísimo, empequeñecido aún más bajo un colosal busto de sí mismo dominando toda la estancia, atizó un discurso de agradecimiento en el que (emocionado, al parecer) lo que comenzaba agradeciendo al claustro salmantino era que «habéis sin duda querido premiar su espíritu de servicio al progreso de la cultura» a «este nuevo y modesto doctor». A continuación esa modestia no le impidió formular una comparación entre «los que por la responsabilidad en que la vida nos colocó venimos haciendo historia al enfrentarnos con la tarea trascendente de levantar a España del caos» y «aquellos caudillos reales que en nuestro siglo XIII, en los descansos de su victoriosa Reconquista, sentaban los pilares sobre los que habría de levantarse la gloriosa Universidad salmantina». El resto del discurso apelaba sin ambages al más rancio iusnaturalismo teocrático[35]. Esa misma

[32] Como relata INFANTE, para FRANCO la ocasión constituyó una especie de retorno victorioso a su antiguo cuartel general, 17 años después y «al menos en este terreno, la supresión (o el ocultamiento) de símbolos y elementos fascistas no estaba muy avanzada». Se hizo acompañar, en efecto, de casi todo el gobierno, de todas las autoridades políticas, religiosas y militares de la región, de una amplia mesnada de periodistas de Madrid... y de la «Legión José Antonio» (unos 6.000 hombres), revistada el día anterior por la propia Guardia de Franco (lo que demuestra que todavía a mediados de los cincuenta el régimen ponía en marcha un imponente aparato paramilitar). Pueden verse abundantes datos y referencias de la prensa de la época en INFANTE, 2015: 11 y ss., 24.

[33] El 5 de octubre de 1953 el rector TOVAR cursa carta de invitación a su «querida amiga y camarada» (*VII Centenario. Correspondencia*, AC 7566/3).

[34] No puedo resistirme a citarlo: «Quien se había mostrado esforzado conductor de legiones, había de asumir la tarea magnífica de regir un Estado. Surge entonces el estadista genial, el legislador que sabrá dar vida en la norma adecuada a los legítimos anhelos de su pueblo; el juez que conoce la clave de la jurisprudencia clásica» (INFANTE, 2015:18).

[35] «Jamás admitiremos que se invoque el derecho para acabar contra toda posibilidad de vida legal, de vida bajo el imperio del único derecho verdadero: el de servir a la justicia bajo la ley eterna de Dios [...] Dios, que es fuente y razón de toda ley, de todo poder y de todo derecho» (*ibid*., 19). El discurso íntegro puede leerse en *ABC*, 9 de mayo de 1954.

tarde, coherentemente, la Universidad Pontificia le otorgaba su propio doctorado *honoris causa* en Teología. FRANCO terminó, por lo visto, llorando a lágrima viva.

El acto estuvo, pues, evidentemente exento de todo honor académico[36]. Cincuenta y cuatro años después, en 2008, el Consejo de Gobierno de la Universidad de Salamanca acordaba rechazar la concesión del grado de doctor *honoris causa* a FRANCO «por entender que nunca reunió méritos científicos, académicos, sociales, ni personales que lo hicieran merecedor de ostentar dicho honor»[37].

Y, en fin, no menos estrambótico y «tibetano» fue también que casi la mitad de los doctores extranjeros que debían ser investidos en la ceremonia del día siguiente no estuvieran presentes en el acto (al que, por supuesto, FRANCO no se quedó). Eran ocho los ausentes —frente a diez asistentes— y KELSEN, como sabemos, estaba entre ellos.

5. JURISTAS Y IUSFILÓSOFOS EN TORNO AL IV CENTENARIO SALMANTINO

Si nos fijamos en la composición del panel de galardonados llama la atención que los juristas fueran amplia mayoría entre ellos. Eran tres doctores en Medicina, cuatro en Ciencias, cuatro en Letras, y siete en Derecho. Y entre los juristas dominaban los iusfilósofos: casi todos ellos podían considerarse tales. Un personaje clave para entender este hecho, así como el diseño del evento en su conjunto, es quien entonces ocupaba el cargo de ministro de Educación Nacional, Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ. Éste había sido nombrado en el cambio de gobierno de 1951, decimoquinto aniversario del alzamiento, con el que FRANCO quiso hacer un lavado de cara del falangismo y recomponer la correlación entre facciones del régimen, en vista sobre todo del nuevo orden internacional emergente tras la guerra mundial.

RUIZ-GIMÉNEZ era precisamente catedrático de Filosofía del Derecho en Salamanca[38]. Su perfil era el de un universitario católico (MUÑOZ SORO, 2006), de estirpe familiar política, que antes de la guerra había comenzado su carrera en derecho internacional como ayudante precisamente de YANGUAS MESSÍA, a quien años después sustituiría al frente de la embajada en Roma. Allí dirigió las negociaciones del Concordato con la Santa Sede (1948-1951) que se firmaría posteriormente (1953)[39]. Llegó al gobierno de

---

[36] Puede verse el resumen documental del NO-DO: *http://www.rtve.es/filmoteca/no-do/not-593/1486420/* [fecha consulta 15 de febrero de 2015]. Toda la grandilocuente escena es óptima materia prima para una película de BERLANGA o una novela de CERCAS. Encuentra su perfecto desenlace en la conocida anécdota del *vítor* (la inscripción gráfica para celebrar el doctorado que solía pintarse en los muros de la Universidad) que se dedicó a FRANCO. Al parecer, fue el último que se realizó con el material artesanal anterior al uso de tintes sintéticos: una mezcla de sangre de toro caliente, almagre y pimentón. La inscripción representa el yugo y las flechas junto con una pluma y la leyenda *Generalissimo Franco Mil. Hisp. Glor.* Estas abreviaturas debían significar «glorioso soldado español». Pero, según los estudiosos, el malévolo y culto autor incluyó una pequeña venganza: *Miles Gloriosus* era también el título de la obra de PLAUTO *El soldado fanfarrón* cuyo protagonista era ridiculizado.

[37] INFANTE, 2015: 20. La Universidad de Santiago había hecho lo propio en 2006.

[38] Había permutado con ELÍAS DE TEJADA su cátedra de Sevilla en 1951, dos meses antes de entrar en el gobierno.

[39] RUIZ-GIMÉNEZ hizo su tesis doctoral con M. PUIGDOLLERS (*La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, donde defendía un «totalitarismo cristiano»). En 1943 consigue la cátedra de Filosofía del Derecho y Derecho Natural de la Universidad de Sevilla. En 1945 publica el manual

la mano de A. MARTÍN-ARTAJO con el prestigio diplomático ganado intentando recomponer internacionalmente la posición de España, una tarea ciertamente complicada en aquella coyuntura[40]. RUIZ-GIMÉNEZ concibió la Universidad como un instrumento político para tender puentes con los exiliados y los depurados[41], y también —seguramente con no poca ingenuidad— como vehículo para una futura reconciliación. En tal sentido, como ministro inició reformas en la enseñanza universitaria que supusieron cierta renovación (planes de estudio, selección del profesorado, doctorado)[42]. Nombró a varios rectores entre la generación de jóvenes intelectuales falangistas vinculados a Dionisio RIDRUEJO y la revista *Escorial*: P. LAÍN (Madrid), A. TOVAR (Salamanca), T. FERNÁNDEZ MIRANDA (Oviedo), L. SÁNCHEZ AGESTA (Granada). Los dos primeros jugaron un papel determinante en esos años (el tercero, como se sabe, lo tuvo años después durante la transición). A todos ellos los encontraremos en los actos del Centenario salmantino.

De RUIZ-GIMÉNEZ se ha escrito, sobre todo por parte de algunos de esos otros correligionarios suyos (quienes también lo dijeron de sí mismos), que representaba un talante «aperturista» o «liberal». Comillas aparte[43], lo cierto es que esta calificación obtiene su sentido, si tiene alguno, esencialmente por contraste con el integrismo e inmovilismo circundantes. Un buen conocedor suyo, Elías DÍAZ, quien inició su carrera académica con él en Salamanca, ha escrito que sólo después de su reincorporación a la cátedra, tras cesar como ministro, comenzaría RUIZ-GIMÉNEZ una evolución personal e intelectual hacia posiciones liberales y democráticas[44]. Por lo demás, como señala

---

Introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana (Madrid, Ediciones y Publicaciones Españolas S.A.). Tras cesar como ministro en 1956 vuelve a Salamanca hasta 1960, año en que se traslada por oposición a la Universidad Central de Madrid, después Complutense.

[40] No solamente el Vaticano había sido reacio a firmar un Concordato con FRANCO como Jefe de Estado (como lo muestra la duración de la negociación, finalmente exitosa para el régimen), sino que también habían sido eficaces las gestiones de RUIZ-GIMÉNEZ como presidente de la organización católica internacional *Pax Romana*, cuando viajó recién acabada la guerra mundial a diferentes universidades de Estados Unidos, donde trató de atenuar los recelos contra España para terminar consiguiendo que en 1946 esa institución celebrara su XIX Congreso en España (precisamente en Salamanca, en la Universidad Pontificia, y en El Escorial). Pueden verse las actas completas de este congreso en la web *filosofia.org*.

[41] MIAJA DE LA MUELA, RECASÉNS SICHES y el mismo ORTEGA Y GASSET (a cuyo entierro acude en 1955) son algunos ejemplos. Pero la mayoría de estas operaciones no pasaron de ser intentonas, dada la hostilidad ambiente. Por ejemplo: a UNAMUNO se le había dedicado la lección de apertura del curso 1952, a cargo de GARCÍA BLANCO. Éste era el editor de las obras de UNAMUNO a quien sucedió en su cátedra y también, recordemos, secretario de la Universidad (1939-1956) y actor en nuestro relato como corresponsal de KELSEN. Dos años después, en 1954, coincidiendo con los actos del Centenario de Salamanca se inauguró la Casa-Museo de UNAMUNO, lo que dio ocasión a un tal obispo PILDAIN para relinchar la pastoral «Don Miguel de Unamuno, hereje máximo y maestro de herejías».

[42] En 1951 cambia el sistema de provisión de cátedras (las llamadas «oposiciones patrióticas»), lo que permitió el acceso de profesores como LÓPEZ-ARANGUREN y VALVERDE. En 1953 aparecen los nuevos planes de estudios que, por lo que respecta a las facultades de derecho, como sabemos, posteriormente no hicieron más que deteriorarse progresivamente hasta el estado lamentable de nuestros días.

[43] Como ha sido señalado muchas veces, este aperturismo nunca pudo ser realmente liberal: el horizonte natural de evolución política previsto por los católicos era más la monarquía tradicional (corporativa, orgánica y vertical) que la recuperación de las instituciones políticas liberal-democráticas (sufragio universal, pluralismo político de partidos, derechos individuales). Para el nacionalcatolicismo español, el «liberalismo es pecado» (por recordar el muy famoso título de SARDÁ). Sólo cuando las condiciones socio-económicas lo hicieron no ya posible sino necesario, ultimando ya la década de los setenta —y una vez que el dictador muriese en la cama— pudo producirse en España una transición política a la democracia.

[44] DÍAZ, 2009a, 18, 29 y ss. Elías DÍAZ se licenció en derecho en Salamanca en el curso 1955-1956, el mismo en que se reincorporó RUIZ-GIMÉNEZ a la docencia, y comenzó a colaborar como ayudante en su cátedra primero allí y después, en 1960, en Madrid, *ibid*., 16.

JULIÁ fue más bien, paradójicamente, su descabalgamiento del poder lo que convirtió a los falangistas en liberales, intelectuales «comprensivos» frente a los «excluyentes» o intransigentes que inmediatamente les sustituyeron en la hegemonía cultural y universitaria (vinculados al Opus Dei y los Propagandistas)[45]. Las iniciativas reformadoras y reconciliadoras de RUIZ-JIMÉNEZ, de cualquier modo, no prosperaron: como hemos dicho, constituían tentativas perfectamente inidóneas en aquel medio. Terminó enfrentado con los sectores más reaccionarios y fue destituido a raíz de las primeras protestas estudiantiles pro democracia de febrero de 1956. Estas revueltas, protagonizadas por una generación que ya no vivió la guerra, y duramente reprimidas (*cfr.* MESA, 1982), constituyeron, también paradójicamente, el germen de la primera oposición política que ya nunca abandonaría la Universidad cumpliendo, esta vez sí, un papel transformador del régimen en las décadas siguientes. De modo que, como sucedió siempre con éste, la «liberalización» fue más una consecuencia que un resultado intencional. Años después, tras su giro ideológico, RUIZ-GIMÉNEZ definiría su paso por el gobierno de FRANCO «no como un infierno, porque tuvo término»[46].

Cabe pensar plausiblemente, volviendo al doctorado de Salamanca, que RUIZ-GIMÉNEZ hubo de tener un protagonismo directo en la organización académica del mismo si es que no fue enteramente diseño suyo. Es probable que fuera él quien decidió que los juristas fueran mayoría entre los destinados a ser nombrados *honoris causa* para mayor gloria de FRANCO e incluso que los eligiera personalmente. Pues la mayoría de ellos eran italianos, ambiente intelectual muy bien conocido por él, y respondían al patrón de filosofía social-cristiana conservadora que él mismo profesaba. Tal era, en efecto, el caso de BATTAGLIA, CICU, MOSSA y CARNELUTTI[47]. La elección de VERDROSS, por su parte, resultaba políticamente muy cómoda: habiendo sido uno de los principales integrantes de la *Wiener Schule*, era sin embargo católico, se había apartado del iuspositivismo kelseniano y en su obra como internacionalista recuperaba precisamente la herencia de la escuela clásica iusnaturalista española (Vitoria y Suarez)[48]. El caso de KELSEN era, en cambio, totalmente distinto. Sin duda también estaba RUIZ-GIMÉNEZ, por oficio, en buena situación para conocerlo bien, o al menos para calibrar la talla de su figura intelectual así como su prestigio en España antes de la guerra, y también para saber de su condición de refugiado primero y nacional después de Estados Unidos. Con todo, la decisión de incluirlo era ciertamente de muy difícil encaje en un contexto como aquel.

---

[45] *Cfr.* JULIÁ, 2002. Esa clasificación entre «comprensivos» y «excluyentes» procede, como se sabe, de Dionisio RIDRUEJO e iba dirigida contra el grupo de Rafael CALVO SERER.

[46] RODRÍGUEZ DE LECEA, 2013: 35. En sus diarios anota, ya en 1967, su agradecimiento a Dios por haberle alejado de aquel «ambiente anacrónico, pero que hace quince años me parecía normal» (*ibid.*). Sobre la evolución intelectual de RUIZ-GIMÉNEZ, *cfr.* DÍAZ, 2009b: 84ss., y 2009a. Elías DÍAZ compendia esa evolución en la siguiente frase: «fue siempre a mejor, a mucho mejor», y destaca su papel como «eficaz aglutinante de las gentes e ideas que configuraron la revista y casa editora que fue de 1963 a 1976 *Cuadernos para el diálogo*», en donde se concentró «buena parte de la cultura plural y del pensamiento político que enlazaría con la preexistente oposición a la dictadura y sin la cual no se entiende del todo la cultura política de la transición, ni la posterior construcción de la democracia en nuestro país» (*ibid,* 15, 17). *Vid.* también HIERRO, 1997, 2010; GARCÍA MANRIQUE, 1996: 236 y ss., 362 y ss

[47] Con todo, la propuesta formal partió de la Facultad de Derecho. En junta de 13 de enero de 1954, había propuesto a CICU, VERDROSS, BATTAGLIA y KELSEN. En junta de 28 de abril de 1954 se añadieron CARNELUTTI y MOSSA.

[48] *Cfr.* VERDROSS, 1955, 1948. *Vid.* también el artículo que le dedicó a KELSEN en el homenaje por su noventa cumpleaños (VERDROSS, 1971).

No hace falta decir que la filosofía del derecho que se impuso en el periodo posterior a la guerra civil fue el iusnaturalismo católico tradicional, que vino a cumplir un papel estelar en la tarea de justificación del Nuevo Estado y lo hizo aglutinando a los distintos grupos y clientelas que convivían en el magma ideológico del franquismo[49]. Los nombres de la iusfilosofía oficial del régimen fueron L. LEGAZ (Rector de Santiago), E. LUÑO PEÑA, M. SANCHO IZQUIERDO (Rector de Zaragoza), M. PUIGDOLLERS, J. CORTS GRAU (Rector de Valencia), W. GONZÁLEZ OLIVEROS (profesor en Salamanca)...[50] Los principales representantes de la filosofía jurídica del tiempo de la república se vieron condenados al exilio o la depuración: L. RECASÉNS, J. MEDINA, B. RAMOS, A. MENDIZÁBAL y F. GONZÁLEZ VICÉN. RUIZ GIMÉNEZ pertenece a la siguiente hornada (más que generación) de catedráticos de Filosofía del Derecho con la que se cubrieron los «huecos» así dejados[51]. A partir de 1945 el grado de fascistización de la disciplina decayó al ritmo que imponía la nueva situación internacional y ello permitió que la ortodoxia católica obtuviera la completa hegemonía intelectual. Hasta finales de los años 50 la filosofía jurídica en España se estanca en un periodo de autarquía intelectual e involución. Sólo avanzada la década siguiente comenzará a experimentar movimientos de apertura y renovación[52].

En este panorama la elección de KELSEN para una ceremonia tan ideológicamente cargada como la del Centenario salmantino resultaba, como digo, bastante insólita. La iusfilosofía oficial del régimen era, por supuesto sumamente hostil a su doctrina por positivista, liberal y si faltaba algo por atea. También, claro, por venir su prestigio e influencia desde la época de la República y asociada además al Tribunal de Garantías

---

[49] *Cfr.* RIVAYA, 1996 y 1998. Este último autor acierta al hablar de «franquismo iusfilosófico» (2010: 135), pero no parece demasiado afortunada la aseveración de que el iusnaturalismo «se pondría de moda» tras la guerra (p. 117). GARCÍA MANRIQUE, 1996: 67 y ss., 189 y ss., subraya con exactitud el carácter netamente reaccionario y conservador del iusnaturalismo hegemónico tras la guerra, en la medida en que aquello que lo volvía homogéneo, y lo aislaba de otros iusnaturalismos europeos, era justamente la actitud política antidemocrática y antiliberal. DELGADO PINTO describe la filosofía del derecho española de la posguerra como «un yusnaturalismo de inspiración tradicional, en gran medida premoderno», a través del cual «el bando triunfante impuso una cierta "concepción del mundo" de la que formaba parte la pretensión de una cultura nacional propia, que enlazara con la tradición de los siglos imperiales, y no estuviera contaminada con las modernas corrientes foráneas», DELGADO PINTO, 2002: 104-105.

[50] PUIGDOLLERS y SANCHO IZQUIERDO tuvieron responsabilidad directa en las depuraciones universitarias. GONZÁLEZ OLIVEROS presidió los tribunales represores de la posguerra (RIVAYA, 2010: 136 y ss.).

[51] Tal es la elocuente expresión que usará P. LAÍN en 1955 al hablar de «los numerosos huecos producidos por nuestra Guerra de Liberación en el mundo intelectual», los cuales serían llenados por los vencedores a lo largo de la década de los años cuarenta («Informe respecto a la situación espiritual de la juventud española», diciembre 1955, *apud* MESA, 1982: 49). Entre 1945-1950 se dotaron un número tan elevado para la época y el tamaño del gremio como siete cátedras de Filosofía del Derecho (E. GOMÉZ ARBOLEYA, R. PEREZ BLESA, F. ELÍAS DE TEJADA, J. RUIZ GIMÉNEZ, E. GALÁN Y GUTIÉRREZ, S. LISSARRAGUE y A. TRUYOL). No hubo más oposiciones hasta 1957 (A. DE ASÍS) y 1960 (J. DELGADO PINTO y M. HURTADO). TRUYOL, LISSARRAGUE y GÓMEZ-ARBOLEYA abandonaron la disciplina. GONZÁLEZ VICÉN regresó en 1946 y se mantuvo apartado en un «exilio interior» en La Laguna.

[52] GARCÍA MANRIQUE/RIVAYA (1998). El iusnaturalismo tradicional «ya en la segunda mitad de los cincuenta y en los sesenta, se mantuvo más bien por inercia y a la defensiva», de forma que la transformación de la filosofía jurídica «se extendió a lo largo de unos veinte años, desde la mitad de los años sesenta hasta los primeros ochenta», apunta DELGADO PINTO, 2002: 106-107. Como escribe ATIENZA, quienes más contribuyeron a la «normalización» académica de la filosofía jurídica fueron E. DÍAZ (en Madrid, vinculado precisamente a J. RUIZ-GIMÉNEZ) y J. R. CAPELLA (en Barcelona, vinculado a M. SACRISTÁN). M. ATIENZA, «La Filosofía del Derecho en los países de habla española», inédito, 3.

Jurisdiccionales instituido en 1933[53]. Hasta una autoridad indiscutible del régimen como LEGAZ —teórico del «fascismo español» de la primera hora (*cfr.* LÓPEZ GARCÍA, 1996)— tuvo que salir muy pronto en defensa de KELSEN ante los furibundos ataques recibidos[54], sufriendo por ello generosas rociadas de «fuego amigo» (comparables, por ejemplo, a las que recibió RUIZ-GIMÉNEZ a propósito de su acercamiento a Ortega o tras la elección como catedrático de LÓPEZ-ARANGUREN en 1955). Así las cosas, nombrar a KELSEN doctor *honoris causa* era bastante contracorriente y no parece atribuible más que a la iniciativa de RUIZ-GIMÉNEZ (ignoro si mediando o no la influencia de LEGAZ, algo que queda por investigar)[55].

6. PRESENTES Y AUSENTES

Decidido que en la ceremonia de Salamanca hubiera una representación plural de doctores de prestigio internacional, no debió de ser nada fácil conseguir que se materializase. Es probable que RUIZ-GIMÉNEZ tuviera que lidiar con las múltiples dificultades que debió de plantear una ceremonia protocolaria y académicamente inédita (por la cantidad de doctores nombrados de una sola vez) y en un momento diplomático

[53] *Cfr.* ROBLES, 1982: 152, 176, 193. Escribe GIL CREMADES, 1968: 14: «La "teoría pura" del derecho es en España un lugar común en los años 30». Los discípulos más importantes de KELSEN en España eran dos: uno exiliado (RECASÉNS) y otro integrado en el régimen tras una deriva hacia el fascismo (LEGAZ). RECASÉNS estudió con KELSEN en Viena en 1927 y lo tradujo al español ya en 1928 (KELSEN, 1928). LEGAZ estuvo igualmente en Viena en 1930 (el último año de KELSEN en Viena), con carta de recomendación de RECASÉNS, e hizo su tesis sobre la teoría pura, bajo la dirección de A. MENDIZÁBAL, tomista que se había opuesto al alzamiento (LEGAZ, 1933). KELSEN tuvo más relación con RECASÉNS, con quien se encontraría en México en 1960 (*cfr.* RECASÉNS, 1974), aunque LEGAZ contribuyó a difundirlo en nuestro país ya desde antes de la guerra, traduciendo también obras capitales suyas, entre ellas la primera versión de la teoría pura, y también sus obras sobre teoría del Estado y la democracia (KELSEN, 1934; 1935a), «justo cuando la República democrática española estaba siendo puesta en cuestión» (RIVAYA, 2000: 155).

[54] *Cfr.* LEGAZ, 1942 y 1957. En el primer texto escribía: «El "liberal" pensamiento kelseniano no difiere sustancialmente en nada de lo que afirma el pensamiento jurídico nacionalsocialista cuando quiere fundamentar, por ejemplo, la subsistencia de una "justicia administrativa" en el Estado popular alemán» (LEGAZ, 1942: 372). En el segundo sus argumentos defensivos resultan muy confusos cuando no abiertamente contradictorios. Pues por un lado reconoce que la presencia de KELSEN fue visible sobre todo en la discusión acerca del republicano Tribunal de Garantías Constitucionales y que, fuera de ello, en conjunto su influencia «ha sido bastante débil» (aunque no olvida que Primo de Rivera lo invocaba en el Parlamento, y LEGAZ mismo publicó en 1939 un texto titulado «La Teoría pura del Derecho y el pensamiento político de José Antonio Primo de Rivera»: [LEGAZ, 1947]). Mientras que, por otro lado, cita como «esfuerzo para reinstaurar en España un Estado de Derecho» el derecho a la seguridad jurídica reconocido en el *Fuero de los Españoles*, «consistente en el reconocimiento de un sistema jerarquizado de normas que no pueden ser alteradas arbitrariamente». Parece que más bien LEGAZ está invirtiendo de forma interesada los términos de la influencia real de KELSEN en España antes y después de la guerra. Esas últimas palabras citadas suenan, dicho sea de paso, parecidísimas a cierta parte del discurso que FRANCO dio al recibir el doctorado en Salamanca: «Es menester que, además del conocimiento de la razón histórica de nuestras leyes y del adiestramiento de nuestras juventudes para el ejercicio profesional, se inculquen dos sentimientos fundamentales: el del respeto a la seguridad jurídica, es decir, a la jerarquía ordenada de las normas de que habla nuestro Fuero de los Españoles, que todo español se sienta protegido por un orden jurídico firme y que este orden lo hagan cumplir seria y objetivamente los órganos de la Administración de Justicia».

[55] LEGAZ estuvo presente en la investidura doctoral de FRANCO (*VII Centenario. Programas de actos. Invitaciones. Protocolo. Alojamiento*, AC 7566/2). No hay que descartar tampoco la posible influencia de VERDROSS, quien había acudido a la citada Asamblea de Universidades Hispánicas como delegado de la Universidad de Viena, de la que era rector, y mantenía una relación muy cercana con Salamanca a juzgar por la correspondencia que se conserva en el archivo universitario.

tan delicado. Surgen algunas preguntas inevitables: ¿Por qué precisamente diecinueve doctores *honoris causa*? ¿A qué respondía una cifra tan poco redonda (incluso si el de FRANCO contase doble por ser «de calidad»)? Sobre todo: ¿por qué finalmente la ceremonia sólo se celebró con diez doctores (además de FRANCO), una cifra mucho más redonda pero que casi dividía el número a la mitad y, por tanto, venía de algún modo a ensombrecerla? ¿Por qué dejaron de acudir en número tan elevado los doctores inicialmente propuestos? ¿Cómo se explica que ninguno de los juristas de renombre que fueron designados en un principio estuviese finalmente presente en la ceremonia? Porque los juristas no sólo eran mayoría en el total de doctores sino también en el de ausentes (faltaron CICU, CARNELUTTI, BATTAGLIA, VERDROSS y KELSEN). ¿No resultaba todo ello extraordinariamente anómalo?

Cabe conjeturar —porque nos faltan pruebas directas (o yo no he sabido encontrarlas todas)— que hubo en efecto sorpresas e imprevistos a la hora de llevar a cabo la ceremonia con la nómina prevista de doctores y que fueron necesarios reajustes e improvisaciones de último momento. Sólo así se explica que los dos únicos juristas investidos en persona fueran incomparablemente de menor fuste que los proclamados *in absentia*[56]. Los propósitos propagandísticos del evento eran visibles en la distribución por nacionalidades de los doctorandos propuestos: Alemania (5 doctores, dos de ellos flamantes premios Nobel), Italia (4 doctores)[57], Portugal (3 doctores), Estados Unidos (2 doctores), Francia[58], Austria, Venezuela y Perú (1 doctor). Sin embargo, la distribución efectiva en el acto final fue: Alemania (3)[59], Portugal (3), y Francia, Italia, Perú y Venezuela (1). Los candidatos académicamente más consagrados no acudieron: entre ellos los dos brillantes Nobel (ALDER y STAUDINGER), lo que tuvo que ser vivido como

[56] En efecto, de los juristas propuestos en un principio por la Facultad de Derecho sólo el iusprivatista L. MOSSA se mantuvo. Y J. R. MENDOZA, penalista de la Universidad Central de Caracas, que fue añadido después (es decir, no fue ni siquiera propuesto por la Facultad), manifiestamente no parecía ostentar méritos en absoluto para una distinción de semejante rango (¿se le incluyó a última hora para redondear la nómina y disimular como se pudiera las clamorosas ausencias sobrevenidas?).

[57] Uno de ellos, CICU, vinculado al fascismo. Los otros (BATTAGLIA, CARNELUTTI, MOSSA), que mantuvieron mayor distancia con éste, eran de orientación católica tradicional. CARNELUTTI había fundado con Capograssi la *Unione Giuristi Cattolici Italiani*.

[58] El lingüista francés Michel Lejeune, de solamente cuarenta y siete años, era coetáneo y colega helenista del rector TOVAR (participó, por ejemplo, en el *Homenaje a Antonio Tovar ofrecido por sus discípulos, colegas y amigos*, Madrid, Gredos, 1972). Sabemos que su propuesta levantó suspicacias a la hora de ser oficialmente autorizada en el Ministerio de Asuntos Exteriores: en el oficio de respuesta que éste emite el 10 de abril de 1954 se hace constar que La Sorbona «desde 1936 hasta la fecha, no ha considerado oportuno otorgar distinción semejante a ningún profesor de la Universidad española» y «ha puesto especial cuidado en el periodo 1936/1954 en no invitar oficialmente para profesores en sus cursos públicos a ningún estudioso ni profesor español [...] En cambio, los profesores SÁNCHEZ-ALBORNOZ, AMÉRICO CASTRO y otros en exilio han sido recibidos oficialmente por la Sorbona» (*VII Centenario. Mensajes de participantes*, AC 7565/5). Esto demuestra, por lo demás, que los candidatos propuestos desde Salamanca debían recibir aprobación desde Madrid: en ese mismo oficio, después de declarar que «no hay inconveniente alguno para la investidura de los Catedráticos alemanes que se mencionaban en la lista adjunta», se procede a dar el visto bueno a CICU, BATTAGLIA y BASTOS MONTEIRO.

[59] De ellos el más relevante sin duda era L. WAGNER, de setenta y cuatro años, uno de los romanistas más importantes del siglo XX. HENGLEIN, de sesenta y un años, era director del instituto de Química Técnica de Karlsruhe. En cambio, el mayor mérito de Adolf DABELOW, doctorando *honoris causa* por Medicina, de cincuenta y cinco años, parece haber estribado en ser rector de Maguncia si no contamos el de haber sido nazi: perteneció al NSDAP y a las MF-SS y fue uno de los firmantes de la declaración de profesores alemanes en apoyo a HITLER (la tristemente célebre *Bekenntnis der Professoren an den deutschen Universitäten und Hochschulen zu Adolf Hitler und dem nationalsozialistischen Staat*, presentada el 11 de noviembre de 1933 en Leipzig).

un importante deslucimiento del evento. Sólo en un caso la ausencia se explica por razones de edad: el del ya citado hispanista A. M. HUNTINGTON[60]. Por otro lado era llamativa la ausencia de juristas que habían sido depuestos de sus cargos por el nazismo (KELSEN y VERDROSS) o se habían opuesto al fascismo (MOSSA)[61], y cuya propuesta (según hemos sugerido) se debía a los oficios conciliadores de RUIZ GIMÉNEZ. Parece que lo que inicialmente se planeó como una representativa y prestigiosa muestra de académicos extranjeros de prestigio[62], terminó siendo un nombramiento básicamente de rectores (cinco en total)[63], con los que ya se tenía contacto en Salamanca a raíz de la citada Asamblea de Universidades Hispánicas del año anterior, y de los que tuvo que echarse mano como «comodines» para cubrir las ausencias.

Uno de los pocos indicios documentales que tenemos de la preocupación existente en la organización del acto ante posibles ausencias o el fiasco de una falla masiva es el meticuloso control y recuento que se hizo por escrito de las diferentes respuestas que iban recibiéndose de los profesores propuestos. En el Archivo de la Universidad obra el documento titulado *Doctores Honoris Causa propuestos por esta Universidad para ser investidos en los actos de Clausura del VII Centenario,* donde se totaliza el listado definitivo de candidatos con los que iba a darse por cerrada la ceremonia[64]. A continuación, se clasifican los candidatos ausentes indicando quiénes no asistirán y quiénes están pendientes de respuesta. Por la Facultad de Derecho aparecen incluidos entre lo primeros CICU, BATTAGLIA y VERDROSS, pero a continuación figura añadida a mano la palabra «KELSEN» (así, sin nombre de pila) y la indicación de su universidad («U. de California, Berkeley, U.S.A.»). Entre los segundos («propuestos, pero pendientes de respuesta») figura CARNELUTTI. Según esto, KELSEN sería de los que confirmaron su aceptación pero también su no asistencia al acto. Eso concuerda con el telegrama al que ya hicimos mención anteriormente. Pero ya hemos dicho que no hay evidencia directa de ninguna de ambas cosas (que KELSEN aceptara el nombramiento y excusara su inasistencia) fuera de la copia mecanografiada de dicho telegrama[65].

---

[60] HUNTINGTON era el fundador de la *Hispanic Society of America* de Nueva York, y el único no académico del panel. Su propuesta parece puramente simbólica ya que contaba ochenta y cuatro años y era muy previsible que no pudiera acudir a la ceremonia desde Estados Unidos (de hecho murió el año siguiente).

[61] MOSSA se había pronunciado públicamente a favor de la derogación de los códigos fascistas, especialmente el código civil, en polémica con gran parte de la doctrina italiana.

[62] En una «Minuta para un oficio del Rector a los Decanos de las cuatro Facultades» (*VII Centenario. Asuntos Generales*, AUSA 13406/13, sin fecha) se pide a cada una de éstas que proponga a «dos profesores extranjeros».

[63] Éstos eran: BATTAGLIA, CORREIA, DABELOW, DELGADO y VERDROSS. El primero de ellos, según se desprende de la correspondencia obrante en el archivo, tuvo que abandonar Salamanca precipitadamente justo antes de la investidura (lo que tal vez dio ocasión a redondear a diez el número final de doctores presentes). Tampoco acudió VERDROSS.

[64] *Programas de actos. Invitaciones. Protocolo. Alojamiento*, AC 7566/2, sin fecha. En él, sobre un primer total de ocho profesores, se añade a mano la anotación de los nombres de los portugueses CARVALHO y CORREIA (ambos de Coimbra, y ambos asistentes a la Asamblea de 1953), de donde parece inferirse que éstos fueron incluidos al final para redondear la cifra definitiva a diez.

[65] No existe constancia de ninguna comunicación escrita de KELSEN en tal sentido ni en el Archivo de la Universidad de Salamanca, ni en del Ministerio de Educación, ni en el Archivo General de la Administración, ni en el Hans Kelsen-Institut. Acaso se trató, pues, de una comunicación telefónica, puesto que en el archivo salmantino se conserva gran cantidad de los telegramas originales recibidos con ocasión de los actos del Centenario.

El hecho de que esa anotación sea un añadido manuscrito indica que la decisión de incluir a KELSEN en el grupo de quienes aceptan el nombramiento como doctores *honoris causa* fue no sólo sobrevenida sino de ultimísima hora. Implica, por tanto, un largo periodo en el que subsistió la duda de si aceptaría o no. Finalmente parece que KELSEN decidió aceptar. Pero la cuestión es si fue una decisión que arrancó enteramente de KELSEN... o también intervino en ella la propia Universidad. En efecto, es probable que su nombre fuera incorporado a ese listado en un último recuento inmediatamente próximo a la fecha de la ceremonia[66]. Pero no es probable que el hecho que motivó esa incorporación fuera una eventual comunicación escrita de respuesta de KELSEN (que no conocemos, como tampoco la hipotética carta de comunicación formal del nombramiento y consiguiente invitación)[67]. En cualquier caso, lo que sí resulta indudable es la necesidad apremiante que en el momento de confeccionar el listado tenía la Universidad de clarificar la posición de KELSEN, no tanto sobre si acudía al acto de Salamanca (la inminencia de la fecha descartaba ya esta posibilidad), sino sobre si aceptaba ser nombrado en ausencia, pues se trataba de disimular a toda costa cualquier desaire fatal para una ceremonia tan políticamente calculada como aquella.

7. EL SILENCIO DE KELSEN

Si realmente hubiera habido contestación en tiempo y forma por parte de KELSEN, y esta fuera positiva (si hubiera aceptado de forma expresa recibir la alta distinción académica salmantina, incluso excusando su asistencia), ¿por qué no estuvo incluido desde el principio en la segunda categoría —junto con CICU, BATTAGLIA y VERDROSS— y hubo de ser adicionado posteriormente a mano? No se le preguntó por escrito (como a su compatriota HUNTINGTON) si aceptaba ser investido doctor *honoris causa* en ausencia, ni se le ofreció la posibilidad de ser investido en una ceremonia presencial posterior (como se hizo con STAUDINGER[68]), ni la universidad no tomó de oficio entonces, en 1954, la iniciativa de enviarle el título acreditativo por vía diplomática[69], en vez de ser el propio KELSEN quien tuviera que iniciar la gestión al efecto dos años después. La única explicación plausible es que su respuesta fue muy tardía y vino precedida de un largo silencio que indujo a pensar que KELSEN no iba a aceptar el nombramiento como doctor *honoris causa*. Ello permitiría entender por qué KELSEN no figuraba entre los «propuestos pero pendientes de respuesta» (como CARNELUTTI). Sencillamente: porque se interpretó desde Salamanca su silencio en efecto como *negativo*. A diferencia del caso de otros candidatos, había más razones para que esta duda fuera interpretada como una tácita negativa. KELSEN era un académico de «calado ideológico», un filóso-

[66] Como también parece suceder en los otros dos casos: el de CARVALHO y, sobre todo, el del rector de Coimbra, CORREIA, añadido en el último momento, quizá en sustitución de BATTAGLIA.

[67] Esta no se conserva de ninguno de los doctores *honoris causa* propuestos, aunque sí algunas de las respuestas.

[68] El flamante Nobel de Química de la Universidad de Friburgo acudió personalmente el 14 de marzo de 1955 a una ceremonia especialmente celebrada para ello (*Memoria correspondiente al Curso Académico de 1953-1954. Actividades académicas del de 1954-55*, Salamanca, Talleres Gráficos Núñez, 1955, 47; *ABC*, 17 de marzo de 1955).

[69] Como ya se mencionó, el embajador AREILZA escribe al rector una carta (el 18 de octubre de 1955) a este propósito, donde le dice que hará llegar a HUNTINGTON el diploma (AC 17628/7).

fo del Derecho y del Estado que defendía la democracia liberal, un alemán refugiado en Estados Unidos que había huido del nazismo. Su omisión sólo podía ser entendida, en definitiva, como militante. Por eso a KELSEN no «se le escribió pidiendo aclaración» (tal como sí se hizo con HUNTINGTON, según consta en el documento antes mencionado): ésta no hizo falta. Solamente unos pocos días antes de la ceremonia se le llamó por teléfono desde Salamanca para asegurar que no rechazaba su investidura *in absentia* ni la desautorizaría posteriormente.

Si la interpretación anterior es correcta, KELSEN rehusaba con su postura inicial de silencio aceptar el doctorado *honoris causa* de Salamanca. De ese modo se excluía tanto de la ceremonia presencial como del panel final. Sólo la llamada (tal vez tensa) desde Salamanca, ya encima el acto de investidura, puso fin al silencio demandándole una respuesta «a bocajarro». Y fue entonces cuando KELSEN dijo que sí. Un sí que ya no podía ir referido a su investidura en presencia (y de ningún modo es congruente con la «aceptación complacidísima» relatada en la carta de MESA-MOLES). Entonces en Salamanca se pudo respirar de alivio: después de haberlo dado por «perdido» para la causa, se procedió a incluirlo (de la forma artesanal que exhibe el citado documento) entre los aceptantes del doctorado *honoris causa* como si efectivamente lo hubiera aceptado de forma expresa desde un inicio, y finalmente fue «proclamado en ausencia» en la ceremonia del 10 de mayo, tal como relata la Memoria, proclamación que consistió en la lectura de su nombre como parte de la lista total de los 18 doctores. La respuesta de KELSEN hubo de ser recibida sin duda como un éxito: de ahí el telegrama enviado al Ministerio. Seguramente KELSEN se había convertido en un incómodo problema, por su especial simbolismo: quizá no el único problema, desde luego, pero sí uno muy relevante. Pero todo esto significa también que la inclusión final de KELSEN tuvo un importante elemento propagandístico y se produjo en alguna medida mediatizando su propia voluntad. En alguna medida: no en toda, obviamente, pues KELSEN a fin de cuentas aceptó. Pero su nombre no dejó de ser en cierto modo instrumentalizado en Salamanca.

Aunque la investigación detectivesca de la intrahistoria de la ceremonia salmanticense —la interpretación abductiva de sus diversos «hechos negativos»— tiene bastante de especulativa a falta de más evidencias, y es por ello un asunto que permanece abierto para historiadores y estudiosos, la expuesta me parece la más verosímil reconstrucción de los datos positivos de que disponemos. KELSEN omitió aceptar su nombramiento como *doctor honoris* causa por la Universidad de Salamanca. Simplemente no contestó a la propuesta y dejó correr el tiempo, mirando para otro lado y manteniendo esta omisión hasta el último momento, cuando fue interpelado. La otra interpretación posible (que no puede refutarse, pero sigue siendo un *probandum*) es que KELSEN aceptase el nombramiento por escrito desde un principio excusando el no poder desplazarse (tal como dice MESA-MOLES en su carta al secretario de Salamanca). Pero incluso entonces tal respuesta debió de ser igualmente muy tardía y había dado lugar ya a su descarte por inacción (como muestra el modo en que se clasificó su caso en el documento anterior). Si KELSEN hubiera aceptado expresamente y a tiempo la propuesta, las justificatorias palabras de MESA-MOLES habrían sido innecesarias. Además, el régimen habría hecho uso de su figura de una manera muy distinta (aunque dado el tibetanismo universitario del momento tal vez incluso esto era pedir demasiado).

En cualquier caso, si resultan dudosas las circunstancias en que KELSEN *aceptó* el nombramiento salmantino (fuera expresa o tácitamente), lo que resulta indiscutible es que no lo *rechazó* expresamente. La pregunta fundamental ahora es: ¿debió haber declinado formalmente la propuesta cuando fue hecho conocedor de ella en 1953-1954? En mi opinión es innegable que sí: que eso era lo debido habida cuenta de su posición, su trayectoria y su circunstancia. ¿Por qué no lo hizo? ¿Fue por ignorancia acerca de la situación de Salamanca y en general de España? ¿Se limitó a separar la ciencia de la política? ¿Hubo alguna otra razón? Si existió instrumentalización de su figura por parte del régimen franquista, ¿contribuyó KELSEN pasivamente a ella con su silencio inicial y su aceptación final por más que ésta fuera diferida?

El hecho cierto es que en 1956, dos años después, KELSEN cambia su actitud y reivindica el título de doctor *honoris causa*. Con ello quiso transformar quizá su silencio previo de negativo a *positivo*: así se deduce al menos de la carta de MESA-MOLES. La borrosidad burocrática de la condición de «doctor *honoris causa*» se prestaba desde luego a ello: ¿cuándo pasa uno a poseer tal distinción: al ser propuesto o al ser nombrado? ¿la investidura es «constitutiva» o meramente «declarativa»?[70], ¿lo era la «proclamación en ausencia»? Tal es justamente la cuestión que KELSEN planteará en 1956 en su consulta al secretario de la Universidad de Granada y que éste trasladó a Salamanca. Tuvo que ser una gran sorpresa, y muy agradable para algunos, recibir en la Universidad aquella carta desde Granada informando del redivivo interés de Hans KELSEN por formar parte de su claustro. De ahí que se le contestara y se pusieran en marcha (o al menos se anunciaran, pues ignoramos si realmente lo recibió) gestiones para el envío del diploma tan rápidamente (rapidez que abona de nuevo la hipótesis del silencio negativo). ¿Por qué dio KELSEN este paso, abandonando la actitud de distancia o prudencia que había mantenido hasta entonces (incluso habiendo aceptado al final ser incluido en el acto)? ¿Vino con ello de algún modo a convalidar *volens nolens* aquella pieza maestra del género megalomaníaco-académico que fue el doctorado *honoris causa* de FRANCO? Sobre todo: ¿supuso dar un espaldarazo a la ejecutoria del régimen político español, un régimen inequívocamente totalitario? ¿Necesitaba realmente KELSEN un título de esa significación y a ese precio? Sólo nos queda tratar de dar respuesta a estos interrogantes a la luz de su propia biografía.

8. SALAMANCA (Y ESPAÑA) DESDE BERKELEY

Sabemos ya cómo pudo ser percibido KELSEN desde Salamanca en el momento de ser propuesto para el doctorado *honoris causa*: un jurista de talla universal, cuya escuela había sido de referencia en la República, un teórico del liberalismo y la democracia

[70] Parece que la sola propuesta (salvo que sea rechazada formalmente por el candidato) tiene ya en sí misma una cierta dimensión constitutiva, dado el significado honorífico que comporta, con independencia del acto formal de la investidura. Proponer a alguien para ser nombrado doctor *honoris causa* ya es un reconocimiento (en cierto modo un nombramiento), que posteriormente viene a ser declarado en el acto de la investidura o proclamación. Si ésta no se da, parece que la mención subsiste. La prueba de ello es que tiene que ser retirada expresamente si se considera que ese merecimiento honorífico ha cesado (el caso de FRANCO es el mejor ejemplo, pero en la España de los últimos años —y también en la Universidad de Alicante— conocemos también algún caso muy notorio).

muy crítico con el «derecho natural», un exiliado europeo del nazismo, un ciudadano americano que, como HUNTINGTON, merecía un trato especial dada la coyuntura internacional... Ahora bien: ¿qué percepción podía tener KELSEN del acto de Salamanca en 1953-54 cuando se le hizo llegar la propuesta[71]? ¿Llegó a tener conocimiento de que FRANCO también recibiría esa distinción en el mismo acto? ¿Fue consciente del significado político del evento?

KELSEN tenía entonces 72 años. En 1954 hacía dos que se había jubilado como profesor de la Universidad de California en Berkeley, donde desde 1943 estaba instalado de modo permanente tras un breve paso por la *Harvard Law School* (1940-1942). A Estados Unidos había emigrado desde Ginebra, tras verse obligado a abandonar Europa en 1940, recién comenzada la guerra, huyendo del avance de HITLER.

A esas alturas de su vida, su prestigio intelectual era muy sólido (mucho más, desde luego, que su situación económica)[72]. KELSEN era un jurista consagrado que había recibido importantes honores de las más prestigiosas universidades internacionales. En 1953 contaba ya cinco doctorados *honoris causa*: Utrecht (1936), Harvard (1936), Chicago (1941), México-UNAM (1951) y la propia Berkeley (1952). Había sido además nombrado *Honorarprofessor* de la Universidad de Viena (la cual lo había desagraviado y rehabilitado en 1947), Profesor honorífico de la de Río de Janeiro (1949) y *Professor Emeritus* de Berkeley (universidad que, posteriormente, en 1964 dio su nombre a la biblioteca del Departamento al que perteneció)[73]. *A estas menciones se sumaba ahora el doctorado honoris causa de Salamanca,* una de las cuatro universidades más antiguas de Europa, que conmemoraba su centenario.

Es claro que si algún motivo podía excusar la inasistencia de KELSEN a Salamanca no era su dificultad o imposibilidad para viajar. En realidad ahora comenzaba el periodo de su vida en que comenzaba realmente a *viajar*. Hasta este momento, su azarosa vida había sido la de un expatriado itinerante que, ligero de equipaje, había tenido que recalar ya en varios destinos (ALARCÓN, 2012). En Austria comenzó su carrera académica como profesor en la Universidad de Viena en 1911 y permaneció hasta 1930. De aquí pasó a la Universidad de Colonia (1930-33), donde en abril de ese último año fue depuesto de su cargo de Decano de Derecho (junto con HELLER, KANTOROWICZ y LOEWENSTEIN) cuando el partido nacionalsocialista tomó el poder. Viajó entonces a Suiza, donde dio clases en el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Ginebra y en Zurich. En 1936 se trasladó a la Universidad Alemana de Praga, su ciudad natal, después de haber considerado una oferta de la *London School of Economics* de Londres y de tentar la posibilidad de incorporarse a diferentes universidades

---

[71] Recordemos que fue propuesto formalmente por la Facultad de Derecho de Salamanca en enero de 1953. La comunicación tuvo que tener lugar entre esa fecha y principios del año siguiente.

[72] Esta no era en absoluto boyante pues su pensión de jubilación en Berkeley distaba de ser cuantiosa y debía complementarla con otras actividades (elaboración de dictámenes, dictado de charlas y conferencias como profesor invitado, labores de asesoría, etc.). Un año después de su jubilación, en 1953, la Universidad de Colonia después de un «procedimiento de rehabilitación» (*Wiedergutmachungsverfahren*) lo nombró profesor emérito, con lo que la cuantía de su pensión pudo actualizarse con los atrasos de los casi treinta años de servicios prestados tanto en Austria como en Prusia que los nazis le habían expropiado. *Cfr.* OLECHOWSKI, 2011: 17.

[73] Se trata de la *Hans Kelsen Graduate Social Science Library, del Department of Political Science. Vid.* la nota publicada por el Decano de la Facultad de Derecho de Berkeley al fallecimiento de Kelsen en 1973: HALBACH Jr., 1973: 959.

estadounidenses. En la ciudad que le vio nacer estaba cómodo, pero la envenenada situación política le forzó a abandonar el país después de sólo tres semestres, al cabo de los cuales regresó a Ginebra. Finalmente en 1940 emigró a Estados Unidos[74], donde ya hemos dicho que hubo de viajar de costa a costa.

Por tanto, alcanzado el emeritazgo en Berkeley en 1952, KELSEN por fin contemplaba, al comenzar su séptima década de vida, un destino que podía pensar como ya último y definitivo. Es frecuente repetir el dato de que es aquí donde por primera vez en su vida —a los 65 años— se compra una casa[75]. Las frases con las que concluye su *Autobiografía* de 1947 expresan el sentimiento de interinidad finiquitada que le invadía (y que con todo no abandonaba la cautela de un «probablemente»), en una de las poquísimas licencias líricas que KELSEN se permitió por escrito[76].

Eso no significa, sin embargo, que a partir de entonces KELSEN se abandonara a la muelle tranquilidad del sedentarismo. Por el contrario: como decía, ahora podía elegir viajar y de hecho lo hizo con mayor frecuencia que nunca. Viajó a diversos lugares de Estados Unidos y Canadá varias veces para dictar cursos y conferencias. Planeó incluso un viaje a Viena que finalmente fue cancelado (lo mismo que un ciclo de conferencias previsto en México en 1947) (MÉTALL, 1976: 87); FLORES, 2014: 58). Emprendió una agotadora gira latinoamericana en la que en 1949 recorrió durante 67 días más de 20.000 kilómetros por Argentina, Brasil y Uruguay, abriendo lo que ha sido bautizado como «el frente sur» de la Teoría pura del derecho (SARLO, 2010). Pero desde 1952-1953 intensificó su actividad transatlántica con frecuentes viajes a Europa. En primer lugar a Ginebra, ciudad que amaba, donde fue invitado nuevamente como profesor visitante por el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* gracias a una subvención de la fundación ROCKEFELLER, «que siempre se había mostrado muy complaciente con KELSEN» (MÉTALL, 1976: 91). De ahí viajó a La Haya para impartir un ciclo de conferencias en la Academia de Derecho Internacional. Regresó a Estados Unidos para permanecer por un año en Newport como profesor invitado del *Naval War College*. En 1953 dictó unos cursos en el Colegio de Europa de Brujas invitado por G. ARANGIO-RUIZ[77].

No resulta demasiado verosímil, por tanto, el supuesto de que KELSEN careciera realmente de la posibilidad de viajar a Salamanca por esas fechas (aunque, de nuevo, tampoco es totalmente descartable). Sabemos también que en abril de 1954 el *Institut de Droit International* lo acogía como miembro honorario (a propuesta de A. VERDROSS, su vicepresidente) en su sesión 46.ª celebrada en Francia, en Aix-en-Provence muy cer-

---

[74] Por cierto que en su salida de Ginebra pasó por España: Granada no sería su primera estancia en nuestro país. Hizo escala en Barcelona antes de partir desde Lisboa el 28 de mayo de 1940 en dirección a Nueva York adonde llegó el 21 de junio a bordo del *SS Washington* (NITSCH, 2009: XXVIII).

[75] MÉTALL, 1976: 84. Es uno de los pocos datos privados que KELSEN comunica en su *Autobiografía* (KELSEN, 2008: 172). La compra sólo fue posible tras ser nombrado *full-time professor* en 1945 (pero no se confirmó sino en 1948 que su contrato se prolongaría hasta la jubilación a los 70).

[76] «Mientras redacto estos recuerdos he llegado a los 66 años de edad. A través del amplio ventanal, junto a donde se encuentra mi escritorio, observo más allá de los jardines la bahía de San Francisco y el puente Golden Gate, tras el cual fulgura el océano Pacífico. Aquí será probablemente el "postrer sitio de reposo del cansado caminante"» (KELSEN, 2008: 172-173). La referencia final es al poema de HEINE *¿Dónde?* colocado en su lápida del cementerio parisino de Montmartre.

[77] *Cfr.* ARANGIO-RUIZ/JIMÉNEZ DE ARECHAGA/SCHACHTER, 1998: 386 (se trata de extractos de entrevistas realizadas a estos internacionalistas por A. CASSESE en 1996, 1993 y 1995 respectivamente).

ca de la frontera española[78]. Esta circunstancia, que motivaría su presencia en Granada dos años después, sucedía del 22 de abril al 1 de mayo: apenas una semana antes del día previsto para la investidura doctoral salmantina (10 de mayo). KELSEN tenía una magnífica ocasión, por tanto, para acudir a recoger en un mismo viaje ambos reconocimientos honoríficos, dos más de los muchos que merecidamente estaba recolectando por diferentes países de Europa y América. La distinción de la universidad de Salamanca era además importante para él: la prueba de ello es el interés que mostró después por recobrarla. Si no acudía tenía que ser por alguna razón igualmente importante.

Es plausible que esa razón tuviera que ver con la situación política de España, tal como era percibida por KELSEN y —sobre todo— por los Estados Unidos, su nueva patria. Vamos a comprobar hasta qué grado la perspectiva de KELSEN pudo verse determinada por la perspectiva del país norteamericano del que era ciudadano.

En efecto, la nueva coordenada vital y política de KELSEN era Estados Unidos, potencia victoriosa de la segunda guerra mundial. Sabemos por su propio relato y por distintos estudios biográficos lo duro que fue para él integrarse en ese país, tanto por las circunstancias traumáticas del traslado recién comenzada la guerra como por su edad y sus escasos conocimientos del inglés[79]. Sufrió con una amargura que debió de ser rayana con la humillación las dificultades para encontrar un puesto académico estable allí, algo que KELSEN venía preparando desde hacía tiempo[80]. Desde principios de los años treinta, Estados Unidos se convirtió en un destino natural para muchos intelectuales judíos europeos, pero KELSEN además pasó a ser un temprano símbolo de ese éxodo. Su exilio de Alemania en 1933 con la llegada de HITLER a la Cancillería del Reich y su posterior peregrinaje por otros países europeos, unido al gran prestigio como jurista que ya acumulaba, habían dado a su figura un relieve especial en aquellos extremosos tiempos. Como señala ALARCÓN: «Kelsen se convertía en un modelo del libre pensador occidental que era defendido por la democracia organizada contra el totalitarismo fascista» (ALARCÓN, 2012: 44). Así fue visto sin duda desde Harvard[81] cuando esta Universidad —a instancias de POUND, por entonces Decano de la *Law School*— propuso su nombramiento como doctor *honoris causa* en septiembre de 1936[82]. KELSEN cruzó

---

[78] *Cfr. Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 45: Session d'Aix-en-Provence, Avril-Mai, 1954, 2 vols. (Bale, Editions Juridiques et Sociologiques S.A., 1954), vols. II, VII y IX. KELSEN fue elegido miembro honorario directamente, lo cual era excepcional. Acudió también a las dos reuniones posteriores a la de Granada (1959 y 1963).

[79] «Con el corazón adolorido abandoné Ginebra con mi mujer en 1940. Una ciudad donde había realizado satisfactorio trabajo durante siete años, en un ambiente ideal. Cercano a la edad de sesenta años, iba a iniciar de nuevo y desde el principio mi carrera académica, en un país cuya lengua dominaba apenas muy imperfectamente» (KELSEN, 2008: 171).

[80] Información detallada de la intensa actividad epistolar de KELSEN en tal sentido en los años previos buscando posición en diferentes universidades e instituciones estadounidenses puede verse en NITSCH, 2009: IX y ss. Ya en 1938 había declarado a Roscoe POUND su intención de asentarse académicamente en Estados Unidos.

[81] La emigración estadounidense afectó al menos a cinco escuelas austríacas: la de L. VON MISES, la de K. BÜHLER, la de M. ADLER, el «Círculo de Viena» de M. SCHLICK y la *Wiener Schule* de KELSEN. Sobre la recepción en Harvard de académicos exiliados europeos, *cfr.* JONES, 1984. Hay, sin embargo, estudios críticos que nos informan también del antisemitismo y las iniciales simpatías nazis del presidente de Harvard J. B. CONANT (*cfr.* HERSHBERG, 1993: 90 y ss.).

[82] El *Honorary LLD* otorgado a KELSEN por la Universidad de Harvard formaba parte —también— de un centenario. En esta ocasión el tercero de esa universidad, celebrado en 1935-1936, con gran repercusión aca-

entonces el océano para asistir al acto. Le daba una trascendencia no sólo académica sino también vital, pues estaba comenzando a ver en Estados Unidos un futuro refugio en vista de la inminencia de la guerra en Europa[83].

Sin embargo, una vez que KELSEN llega a Estados Unidos con la intención de afincarse allí de modo definitivo la situación que se encuentra es muy otra a la esperada. Si nos atenemos a los archivos de la Fundación Rockefeller, la colocación de KELSEN se convirtió en un «problema difícil»[84]. Especialmente duro para él fue el rechazo de la *Harvard Law School*, no sólo porque KELSEN confiaba en encontrar acomodo definitivo allí, y por eso había aceptado la invitación de POUND y seguido sus consejos, sino porque confiaba en que el *honorary degree* recibido por esa universidad, que le distinguía como el más destacado jurista continental, le facilitaría efectivamente las cosas. No fue así. Después de impartir las *Oliver Wendell Holmes Lectures* en el año 1940-1941, sólo consiguió continuar un año más como *Research Associate* y al tercer año, tras impartir un curso en el puesto de *Lecturer* de sociología jurídica, el presidente CONANT le comunica la imposibilidad de prolongar su contrato y de proveerle una plaza definitiva. A KELSEN le afectó mucho esto[85]. Fue el mismo POUND quien le reco-

---

démica internacional (fueron galardonados figuras tan importantes como JAEGER, JUNG, MEINECKE, CARNAP, PIAGET, MALINOWSKI, EDDINGTON, GILSON, HAZARD, GORDON CHILDE). KELSEN impartió el 9 de septiembre de 1936 una charla titulada «Centralization and Decentralization». Fue presentado como «Professor of International Law, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Geneva». Puede verse el programa completo de actos y la nómina de conferenciantes y doctorandos en *The Tercentenary of Harvard College: A Chronicle of the Tercentenary Year, 1935-1936*, Cambridge, Harvard University Press, 1937, 217, 459-460. Agradezco a Robin CARLAW, investigador de los archivos de la Universidad de Harvard, de la Pusey Library, el haberme facilitado la comprobación de estos datos.

[83] «Al declararse la guerra en 1939, ya había tomado la decisión de abandonar Europa» (KELSEN, 2008: 168). Esa es probablemente la razón de que decidiera rechazar la oferta de ir a Londres. MÉTALL, 1976: 82, nos dice que intentó también obtener el visado para algún país. Los primeros intentos de buscar un puesto en diferentes universidades americanas (Columbia, Princeton, Michigan, Chicago, Yale, Harvard) fracasan debido a las dificultades económicas y la masiva afluencia de académicos europeos («la barca está llena», era un dicho europeo del momento). La situación revestía especial complicación en ciencias sociales y sobre todo en derecho (*cfr.* FEICHTINGER, 2009: 325 y ss.). Muchas universidades no estaban dispuestas (como le dice POUND en carta a un colega de la Universidad de Illinois) a acoger a emigrantes si había un estadounidense idóneo para el puesto, algo que, confiesa, «me temo que veremos muchas veces en el futuro próximo». Además, el *Emergency Committee in Aid of Displaced Foreign Scholars* se acogía al subterfugio formal de que KELSEN en rigor no era un «refugiado», ya que provenía de Ginebra (siendo así que sí había sido depuesto por los nazis en 1933) (NITSCH, 2009: XVII y ss.). Este autor hace notar también cómo KELSEN reconstruye en su autobiografía esta difícil etapa de modo «retrospectivamente condicionado».

[84] En una nota de esos archivos relativa a KELSEN se lee lo siguiente: «*[E]specially the irrelevance of his philosophical approach when war conditions have weakened American law schools make him a difficult problem*» (*Rockefeller Collection*, Record Group 1.1, Series 205 S, Box 24, Folder 364, citado por EHS/GASSNER, 2015). La fundación Rockefeller, no obstante, no sólo le ayudó económicamente tras su llegada a Boston (KELSEN, 2008: 70; MÉTALL, 1976: 82, 91), sino que fue la institución que hizo posible su contratación en la *Harvard Law School* para impartir las *Holmes Lectures*, ya que se comprometió a pagar la mitad (NITSCH: 2009: XXIX-XXX). El entonces Decano, J. MCCAULEY LANDIS, se apoyó para ello en la calificación que su predecesor POUND había hecho de KELSEN como el más eminente jurista vivo (el segundo candidato era J. H. WIGMORE). Las palabras exactas de POUND, sin cuya intermediación —como vemos— las cosas para KELSEN hubieran sido muy diferentes en su etapa americana, eran: «*Kelsen, now that Stammler has retired, is unquestionably the leading jurist of the time. His disciples are devoted and full of enthusiasm in every land. His ideas are discussed in all languages. His followers are probably the most active group in contemporary jurisprudence*» (POUND, 1934: 532).

[85] «Ese fracaso me hirió bastante, con mayor razón cuando yo, como Doctor *honoris causa* de la Universidad de Harvard, había esperado un mejor trato» (KELSEN: 2008: 170-1).

mendó a la Universidad de California[86], adonde llegó en 1943 como *Visiting Professor* del departamento de ciencia política (MÉTALL, 1976: 83-84).

Las condiciones de trabajo habían empeorado notoriamente en tiempos de economía de guerra como aquéllos. Los recortes del presupuesto de la universidad, junto con la disminución del número de estudiantes, hacían necesario a KELSEN complementar la modesta remuneración de su contrato a tiempo parcial (entre 1943 y 1945). MÉTALL escribe que KELSEN «fue llamado a Washington como asesor técnico» del gobierno (MÉTALL, 1976: 85). Sin embargo, el internacionalista Oscar SCHACHTER nos relata una anécdota personal que revela los verdaderos antecedentes de esa actividad extra de KELSEN y que resulta bastante iluminadora de su situación entonces[87]. A partir de ahí se convirtió también en 1945 en asesor de la Comisión de Crímenes de Guerra, preparando durante tres meses los juicios de Núremberg contra los jerarcas nazis. No tomó sin embargo parte en ellos. Tampoco participó en la conferencia de San Francisco que redactó la Carta de las Naciones Unidas (la delegación norteamericana con L. PASVOLSKY al frente, quiso darle un perfil más político que jurídico y KELSEN fue deliberadamente excluido), aunque según MÉTALL (1976: 85) varios delegados acudieron a consultarle.

KELSEN se ganó de esta forma una pequeña posición de influencia —especialmente en el segundo de los mencionados comités— de la cual se sentía orgulloso[88]. Hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista intelectual, KELSEN estaba aislado en Estados Unidos, un hecho fundamental para entender estos primeros años en el país. KELSEN estaba desconectado de la academia (por no decir que se le hizo el vacío) y sólo contaba con admiradores dentro de la comunidad de exiliados europeos (*cfr.* PAULSON, 1988: 181; TELMAN, 2011: 514). Los acontecimientos del final de la guerra y de la inmediata posguerra le dan ocasión para dedicarse plenamente al derecho internacional no sólo en su vertiente práctica sino también teórico-académica. KELSEN comprende que esta es una vía que le permitirá abrirse puertas y afianzarse dentro de la cultura jurídica estadounidense. Por supuesto, este campo no era nuevo para él sino que lo había cultivado extensamente en los cursos de derecho internacional impartidos durante los años treinta, sobre todo en su periodo ginebrino (1933-1940). Era de

---

[86] Al parecer también L. FULLER, profesor en Harvard, intervino en esa ayuda a KELSEN. FULLER había ayudado también a otros juristas europeos, como Edgar BODENHEIMER (SUMMERS, 1984: 7).

[87] «Siendo yo consultor jurídico de la Administración de las Naciones Unidas para el Socorro y la Reconstrucción (UNRRA) en 1944 o 1945 (ubicada en Washington), el Departamento de Personal me pidió que entrevistara a un aspirante a un empleo para el que se pedía formación jurídica. Cuando el candidato me presentó su tarjeta, dije asombrado: "Pero ¿es Ud. *ese* Hans Kelsen?" Entonces él contestó: "He estado buscando trabajo en Washington y Ud. es la primera persona que reconoce mi nombre". No era, desde luego, sorprendente que los abogados y funcionarios del gobierno no supieran de la eminencia de Kelsen». El superior de SCHACHTER, A. H. FELLER (director del departamento jurídico de las Naciones Unidas), no consideró apropiado «tener a Kelsen ocupado con nuestros problemas jurídicos mundanos y creyó que sería indigno para él ocupar el puesto de un bibliotecario» (ARANGIO-RUIZ *et al.*, 1998: 389). Es de suponer, pues, que se le ofreció entonces el puesto al que MÉTALL se refiere de asesor de la *Office of Wartime Economic Affair's Liberated Areas Division*, organismo encargado de preparar la administración de los territorios que iban a ser liberados del dominio alemán, especialmente Austria.

[88] Menciona así su posición como asesor gubernamental entre sus títulos académicos en la firma de dos artículos de la época: KELSEN, 1945a, donde se presenta como «*Special Assistant in the United States Department of State, 1942-1945*», y KELSEN, 1945b, donde lo hace como «*Consultant to the War Crimes Office of the War Department*».

hecho una autoridad mundial en derecho internacional[89]. Su doctrina en este campo constituía un desarrollo autónomo de la «Teoría pura» (si era un desarrollo coherente o no es otro tema) que ahora tomará la delantera momentáneamente (KELSEN, 1920a; MÉTALL, 1976: 86-87). Comienza así a publicar de manera intensiva en inglés sobre diversas cuestiones relacionadas con la estructura institucional del derecho internacional y el nuevo sistema de las Naciones Unidas[90]. No abandona por ello la teoría del derecho —de hecho escribe también en ese idioma un buen número de trabajos en los que trata de entablar diálogo crítico con la *jurisprudence* anglosajona[91] y pone a punto en 1945 la presentación en lengua inglesa de la teoría pura: la *General Theory of Law and State* (KELSEN, 1945c)—, pero será el derecho internacional la plataforma desde la que KELSEN va a desarrollar principalmente su trabajo y contemplar el derecho —y el mundo— en los años siguientes. Y en esa plataforma hallaremos también buena parte de la respuesta a nuestros interrogantes.

Hay que suponer, por tanto, que KELSEN estaba al cabo de la calle sobre la situación internacional de España al término de la guerra. Para empezar, desde luego, debía de saber de la condena al régimen de FRANCO hecha por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946, en una Resolución donde se recordaba que era «en origen, naturaleza, estructura y conducta general, un régimen de carácter fascista, establecido en gran parte gracias a la ayuda recibida de la Alemania nazi de Hitler y de la Italia fascista de Mussolini»[92]. Pero también tuvo que ser testigo de cómo este rechazo se suavizó de inmediato y en muy pocos años, por efecto del nuevo escenario político abierto por la guerra fría, acabó revirtiéndose.

La citada resolución dio lugar efectivamente a la retirada de embajadores de Madrid (con la excepción de Argentina, Portugal, Irlanda, Suiza y el Vaticano) y a que Francia cerrase la frontera pirenaica. Pero en eso y poco más se quedó en los hechos la reacción internacional contra el régimen de FRANCO. Un par de años después, hacia 1948, cuando en Salamanca se comienza a planificar el doctorado *honoris causa* de FRANCO, el riesgo de intervención aliada en España prácticamente se había disipado[93] y comienza a hacerse necesario desarticular la política aislacionista mantenida has-

---

[89] Había escrito una crítica muy influyente del Pacto de la Sociedad de Naciones y diversos trabajos sobre la estructura del orden jurídico internacional (KELSEN, 1935b, 1938, 1939). *Cfr.* BERNSTORFF/DUNLAP, 2010: 191 y ss.

[90] Entre 1941 y 1951 publica al menos 23 artículos en las principales revistas estadounidenses sobre los siguientes temas: responsabilidad internacional individual y colectiva, jurisdicción obligatoria, interpretación de la Carta, justicia internacional, diferencias entre el sistema ONU y la Sociedad de Naciones, el tratado de la OTAN, reconocimiento internacional, sanciones internacionales, el estatus jurídico de Alemania, el principio de igual soberanía de los Estados, la regla contraria al derecho *ex post facto* en relación con la persecución de los crímenes de guerra del Eje, el Consejo de seguridad, los juicios de Núremberg,... Muchos de estos trabajos son posteriormente compilados en libros (KELSEN, 1944a; 1950). En 1952 publica los *Principles of International Law* (KELSEN, 1952). Ya en 1942 habían aparecido sus conferencias Oliver WENDELL HOLMES de Harvard (KELSEN, 1942).

[91] KELSEN, 1941a, 1941b. Este último texto presenta un claro entronque con la tesis del derecho como «ingeniería social» de POUND.

[92] *Resolución 39/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Relaciones de los Miembros de las Naciones Unidas con España*, 12 de diciembre de 1946.

[93] Se desbloquea la frontera con Francia en 1948. En 1950 la *Resolución 386/5 de la Asamblea General sobre relaciones de los Estados Miembros y de los organismos especializados con España* (4 de noviembre) revoca la recomendaciones previas de cuarentena.

ta el momento por parte del régimen. FRANCO utilizó la condena internacional para envolver en la bandera del patriotismo su política de autarquía económica («Si ellos tienen UNO [*United Nations Organization*], nosotros tenemos dos»), y de paso disimular el estrepitoso fracaso de la misma, que se debió más a causas endógenas (el nefasto control de la política económica en manos de ministros mediocres e ineptos, fundamentalmente militares o ingenieros) que a la exclusión exterior de España del Plan Marshall[94]. Lo insostenible de la situación terminó forzando un giro de la política hacia la integración de España en la economía internacional. Fue esto lo que obligó al régimen, a fin de asegurar su perduración, a iniciar una estrategia aperturista estableciendo contactos diplomáticos y estratégicos con el Vaticano y Estados Unidos. En el caso del Vaticano, una alianza proporcionaba la sanción legitimadora al Nuevo Estado que pretendía institucionalizarse y al que la Ley de Sucesión de 1947 definía como un reino sin rey pero con un caudillo que utilizaba a la iglesia exactamente a la manera de un monarca medieval teocrático. La iglesia consideró a FRANCO un «enviado de Dios» que condujo la «Cruzada» a la victoria. A cambio en el Concordato la iglesia obtuvo el monopolio de la enseñanza y del control moral de la sociedad además del derecho exclusivo a hacer proselitismo en su condición de religión oficial del Estado. En 1953, tras la firma, Pío XII le concedió a FRANCO, «nuestro amado hijo», la más alta condecoración del Vaticano, la Suprema Orden de Cristo. Un año después, el Nuncio asistía a la investidura doctoral de FRANCO en Salamanca.

Pero desde el punto de vista político fueron mucho más decisivos para España los tratados estratégicos de defensa que se firmaron en septiembre de ese mismo año con Estados Unidos. El tablero internacional se había reordenado y la nueva política de bloques hizo que el régimen de FRANCO transmutase sustancialmente su significado político a ojos de Estados Unidos: de régimen fascista enemigo pasó a ser un aliado contra un tercer enemigo considerado mucho peor, la URSS. Ahora resultaba estar también en el interés objetivo de Estados Unidos modificar sus relaciones con el régimen de FRANCO.

9. DEL ANTIFASCISMO AL ANTICOMUNISMO

Es, en efecto, en este momento cuando se impone con la administración Truman la doctrina de la «contención» orientada a impedir políticamente a toda costa la expansión del comunismo a terceros países. Dentro de Estados Unidos éstos son también los duros años del macartismo (1947-54). En una carta de 1940, recién llegado allí, KELSEN escribía a E. K. WINTER (quien quería ganarle para la causa activista del comité austroamericano de exiliados que había fundado en Nueva York): «[...] quisiera estar fundamentalmente distanciado de toda política. Ante todo, porque no soy en realidad hombre político, y además porque creo que debido a mi ascendencia debo ser particularmente cauteloso». Pensaba dedicarse exclusivamente a la ciencia, por tanto. Sin

[94] Así lo exigían la altísima inflación, la penuria social, la protesta obrera y la necesidad empresarial de energía y crédito para el desarrollo técnico e industrial. FRANCO, sin embargo, retrasó ese momento todo lo que pudo (en rigor sólo inició el cambio, y aun entonces a disgusto, al final de la década). Como bien resume PRESTON: «España pagó el precio económico de la supervivencia de Franco» (PRESTON, 1994: 756).

embargo, no le fue posible en absoluto mantener esa neutralidad. Muy pronto apareció referenciado en documentos del FBI (1944) y se le catalogó entre los emigrantes austríacos dentro del grupo de los «liberales» (1945).[95] Desde la puesta en marcha de la «doctrina Truman» en 1947 y la instauración del *Loyalty Programm* del senador MACCARTHY (por el que todos los empleados públicos debían probar su no pertenencia al partido comunista), hacia 1953 unas 20.000 personas habían sido investigadas. Entre ellas estaba KELSEN.

Es significativo que las investigaciones se dirigieran contra miembros o simpatizantes del *Communist Party* estadounidense (que en 1940 contaba con unos 100.000 militantes) pero no contra los antiguos miembros del Partido Nacionalsocialista que habían emigrado ilegalmente a Estados Unidos. El informe del FBI sobre KELSEN (de 190 páginas) reflejaba, entre otras cosas, que se había pronunciado críticamente en relación con el juramento de lealtad anticomunista introducido por la universidad californiana en 1950. Un grupo de 31 profesores se apartó de la mayoría del claustro negándose a realizar el *loyalty oath* y uno de ellos, Harold WINKLER, un joven *Assistant Professor* de ciencia política de 36 años, fue despedido mientras que otros dimitieron y todo el asunto generó una enorme polémica dentro y fuera de la universidad. KELSEN sí había hecho el juramento, pero conocía a WINKLER desde su época de Harvard donde éste había hecho su doctorado. Precisamente KELSEN se hallaba entonces como *Visiting Lecturer* (de septiembre a enero de 1950) en su antigua universidad, la cual había acogido de vuelta a WINKLER tras ser despedido de Berkeley. En una entrevista al diario estudiantil *The Harvard Crimson* decía que el juramento era «ciertamente innecesario» pero que no le molestaba particularmente ni creía que significara el fin de la libertad de cátedra en su país[96]: que había supuesto un daño sobre todo para la universidad. Destacaba también que el problema central no era el juramento en sí, sino la decisión previa de excluir a los comunistas de la enseñanza y que en esta política aprobada por mayoría en la universidad radicaba el «problema moral» del asunto; pero no creía que fuera «un serio peligro» dado que «la medida se dirige sólo a los comunistas, quienes su vez no reconocen el principio de libertad académica de ninguna manera». Estas declaraciones despertaron una fuerte reacción y KELSEN se vio obligado a matizar de inmediato sus afirmaciones en una carta al editor, mostrando su apoyo y respeto a quienes rechazaron el juramento[97].

---

[95] La descripción era: «*Professor Hans Kelsen 60, eminent jurist, wrote Constitution of Austrian Republic; University of California; at present consultant for FEA (Foreign Economic Administration)*».

[96] Recuérdese que KELSEN y su mujer eran ciudadanos estadounidenses desde hacía cinco años.

[97] Uno de los profesores que habían dimitido rehusando firmar el juramento, Ludwig EDELSTEIN, especialista en cultura clásica griega, había escrito una carta a la revista en la que puntualizaba que «el problema moral de fondo en este asunto» no era la exclusión de los comunistas de la Facultad ni el mayor o menor peligro del juramento o si éste amenazaba la libertad de cátedra, sino «si estamos dispuestos o no todavía a tolerar las diferencias de opinión, si nos rebajamos o no ante medidas totalitarias, se llamen comunistas o fascistas». KELSEN relata en su *Autobiografía* que cuando en la Universidad de Viena se debatió si ésta debía participar en los consejos obreros que había instituido el partido socialdemócrata austríaco en 1927 y donde se establecía como condición la profesión de marxismo, se opuso a ello frontalmente por considerar que tal cosa «era incompatible con el principio de libertad de la ciencia». KELSEN declaraba abiertamente su simpatía por la socialdemocracia, «pero más fuerte que esa simpatía era y es mi necesidad de independencia político-partidista en mi oficio. Lo que yo no concedía al Estado, el derecho a limitar la libertad de investigación y expresión de opiniones, tampoco podía reconocerlo a un partido político» (KELSEN, 2008: 116-118). No parecía encontrar ahora, en 1950, sin embargo, simetría alguna entre la profesión de comunismo y la profesión de *anti*comunismo.

Pero la principal (y sorprendente) consecuencia de todo ello fue que el FBI inició una investigación a fondo sobre el propio KELSEN bajo sospecha de ser comunista, en la que también participó la CIA, que se prolongó hasta 1955 y cuyas actas no serían definitivamente archivadas hasta ¡1963! La investigación, naturalmente, concluyó sin resultado alguno. Pues todo lo que pudo hallarse contra KELSEN es lo que hemos relatado y dos multas de tráfico. En el curso de los interrogatorios acerca de él, un informante cuyo nombre desconocemos (porque las actas son públicas pero contienen lagunas y fueron parcialmente censuradas, si bien lo más probable es que se tratara de un colega de la Universidad de California), declaró que KELSEN no sólo no era comunista sino «a día de hoy uno de los más enérgicos y mejor informados oponentes del comunismo en el mundo», cuyo libro «titulado *The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis*, publicado por la Universidad de California en 1948, es un ataque maestro contra la teoría del comunismo y contra la Unión Soviética». La investigación del FBI alcanzó así, en ulteriores entrevistas, al examen de la obra escrita del jurista austríaco para tratar de medir su proximidad con la socialdemocracia austríaca y la distancia de ésta con el comunismo[98].

No parece casual, pues, dentro de tal paranoide ambiente institucional-político, que KELSEN publicara en 1955 su libro *The Communist Theory of Law* (KELSEN, 1955a). Ahí pretendía mostrar las «contradicciones» del marxismo como teoría del derecho conectándolas con la política soviética. Harold J. BERMAN, profesor de Harvard y buen conocedor del tema, hizo una reseña del libro muy crítica con tal pretensión, mostrando con ironía cómo KELSEN confundía ilegítimamente la crítica a una teoría del derecho (la del materialismo histórico de MARX y ENGELS) con la crítica a una ortodoxia política, y que era él mismo quien se contradecía al presentar a esa teoría, por un lado, como sumisa apología de la política soviética (una «sierva del gobierno soviético») y, por otro, como «iusnaturalista» (esto es, crítica del derecho positivo) (BERMAN, 1955). Y ello además (añadiría yo) pretendiendo aducir que la teoría jurídica soviética era la consecuencia directa del postulado marxista acerca del carácter ideológico, comprometido y no neutral, de toda ciencia social (KELSEN, 1955a: 44 y ss., 193). Lo cierto es que tanto esta obra de KELSEN como el opúsculo de 1948 sobre la teoría política del bolchevismo constituían —también— una palmaria verificación de tal postulado. Ambos son trabajos «de combate», de alineación ideológica[99], lo que se refleja ya desde

[98] Así se refleja en el «*screening*» en el que se indagaba acerca de su valoración del socialismo del siguiente modo: «*Kelsen was asked "Are you interested in the Socialistic program?". He answered: "I am very interested and as far as I am concerned I think it is absolutely necessary to adopt in our form of government some of the* Socialist ideas*". He was also asked the following questions, his answers being indicated after each question: "Q: You are in sympathy with the* Socialist*? A: Yes, I am. Q: With the* Communistic*? A: No, I am not. I published a book against them. Q: Would you describe yourself as a Communist or a Socialist? A: I would as a Liberal Socialist*» (resaltado original). Extraigo casi todos los datos citados sobre la investigación del FBI de RATHKOLB (2009). Las cartas de Edelstein (20 de noviembre) y KELSEN (4 de diciembre) pueden leerse en la web de la revista *thecrimson.com*. La entrevista, en cambio, de 1 de noviembre, no está disponible ahí: agradezco de nuevo a los bibliotecarios de la Pusey Library de Harvard que me facilitaran una copia.

[99] Al comienzo de *The Political Theory of Bolshevism* afirma KELSEN: «Particular énfasis se hará sobre la demostración de que el eslogan de las dos democracias —formal-política una, sustantiva-económica otra— es falso. [...] La interpretación de la democracia implica así la decisión entre dos procesos fundamentalmente diferentes de los cuales quizá dependerá el futuro de la humanidad» (KELSEN, 1948: 2). La significación ideológica de estas palabras y de la maniquea dicotomía sobre las que se construye el panfleto (democracia/totalitarismo) resulta clara si se contemplan a la luz del discurso que TRUMAN dirige en 1947 al Congreso estadounidense defi-

el título, y se limitan a repetir, ahora amplificadas y agudizadas convenientemente, las ideas expuestas por KELSEN en alemán en los años veinte y treinta sobre el marxismo y el socialismo (KELSEN, 1920b; 1923; 1924; 1929; 1931). Sin embargo, sus simpatías por el socialismo —y hasta por el materialismo histórico y el movimiento obrero— eran, con todo, bastante mayores en esas décadas que ahora[100]. LOSANO (1989: 99) ha hablado de un «peaje pagado al macartismo» por KELSEN. RUIZ MANERO (1986, 198, n. 27), por su parte, encuentra esta observación «francamente exagerada» y la matiza citando entre otras cosas el artículo de KELSEN «The Foundations of Democracy» como prueba de que éste defendía por escrito en esa época la compatibilidad entre socialismo y democracia[101]. Lo cierto es que ambos llevan razón.

10. FINAL: ¿UN ERROR DE KELSEN? ¿UNA OCASIÓN PERDIDA?

De manera que en el momento de recibir su invitación a Salamanca, entre 1953-1954, KELSEN veía cómo su reputación estaba siendo puesta a prueba (aún continuaba la investigación del FBI). Infructuosamente, por supuesto, pero su renombre como jurista y su nueva posición en Estados Unidos no podían peligrar por la sospecha de ser «comunista». En otro momento habría considerado un trance así como una consecuencia de la imparcialidad de su doctrina, que también había sido atacada desde

---

niendo el conflicto entre los dos bloques de la guerra fría como el existente entre «pueblos libres» y «regímenes totalitarios». El libro fue, por lo demás, recensionado muy elogiosamente por H. L. ROBERTS en el número 27 (1948-1949) de *Foreign Affairs*, revista muy vinculada como se sabe a la política exterior norteamericana, en cuyas páginas precisamente acababa de ser expuesta en el mismo año por G. F. KENNAN la «doctrina de la contención» que ese discurso llevó a la práctica. Según MÉTALL, KELSEN participó en agosto de 1947 en un seminario de la *Brookings Institution* (uno de los *think tanks* más antiguos de Washington) dedicado «a los problemas de la política exterior norteamericana» (MÉTALL, 1976: 87). Una recensión igualmente muy laudatoria de *The Communist Theory of Law* apareció en *Foreign Affairs* en julio de 1955.

[100] En el prefacio a la segunda edición de *Sozialismus und Staat* (1923) dice KELSEN: «mi pensamiento no se dirige contra el socialismo, sino que sólo contesto críticamente al marxismo y, dentro de éste, sólo a su teoría política. Lo que está en cuestión no es la idea socialista», sino solamente la posibilidad defendida por el marxismo de una realización del mismo al margen del Estado. *Vid.* también lo que dice en su autobiografía (KELSEN, 2008: 117-8). KELSEN en realidad aceptaba del marxismo la teoría de las ideologías y la teoría explotadora del Estado fruto de la lucha de clases (rechazaba la dialéctica «que se pierde en místicas tinieblas», pero reivindicaba el «procedimiento dialéctico-contradictorio del parlamento»). Lo que siempre rechazó rotundamente (y con razón) era la articulación práctica de un proyecto político basado exclusivamente en la dominación de una clase (el proletariado industrial) como «clase universal» y, sobre todo, la tesis concomitante de la extinción «anarquista» de las clases sociales y, por tanto, del Estado mismo. Esta tesis le parecía inconsistente con cualquier proyecto político-jurídico que tomase en serio el papel normativo y transformador del derecho, como la propia evolución doctrinal de los juristas soviéticos evidenció. Pero si frente a ello antes propugnaba la «vuelta a Lassalle», haciendo con ello una crítica «plenamente interna» del marxismo, ahora (en Estados Unidos y con la URSS enfrente) considerará al bolchevismo como la *verdadera* interpretación del marxismo, al tiempo que oculta los aspectos positivos del sistema «democrático» de los *soviets* señalados en *Sozialismus und Staat* (RUIZ MANERO, 1988: 38 y ss., 42, 52).

[101] KELSEN, 1955b. Un año antes (el 30 de abril de 1954, es decir, en las fechas en que tendría que hallarse en Salamanca para recoger su doctorado *honoris causa*) pronunciaba en la *Law School* de Chicago la conferencia «*Democracy and Socialism*» (*Conference Series*, 15/1955, 63-87). En su *Autobiografía* escribe: «Con el programa democrático del partido austríaco [el *SDAP*, Partido Social Demócrata de los Trabajadores], que sin duda se encontraba fundamentalmente en el campo del marxismo, pero en la práctica nada tenía que ver con la teoría estatal anarquista de MARX y ENGELS, estuve yo desde el comienzo en un total acuerdo. [...] De esta manera plena simpatizaba yo personalmente con un partido al mismo tiempo socialista y democrático y de esa empatía no hice nunca un secreto» (KELSEN, 2008: 117-118).

el otro extremo del espectro ideológico por «burguesa». Sin embargo, ahora la nueva nueva condición de ciudadano estadounidense que ostentaba y el nuevo escenario de polarización internacional estaban muy lejos de tolerar cualquier clase de neutralidad y forzaban a tomar partido, cosa que KELSEN hizo. Su tendencia era afín a la social-democracia europea, pero lo que más importaba ahora era su nítido posicionamiento anticomunista. Esta es, como decíamos, una clave importante para entender su actitud hacia España.

La valoración de su nombramiento como doctor *honoris causa* por Salamanca tuvo que estar mediatizada por la valoración de Estados Unidos sobre el régimen de FRANCO y sus perspectivas de continuidad. Y éstas acababan de mudar drásticamente. Ya desde 1948 el gobierno norteamericano había iniciado el establecimiento de contactos con las autoridades militares españolas para una futura cooperación. Dadas las dificultades políticas para entrar en la OTAN (Inglaterra y Francia se oponían), la única solución posible era un acuerdo bilateral en el que España pondría bases militares al servicio de los aliados. Las negociaciones comenzaron en 1951 y Estados Unidos estaba enormemente interesado en llegar a un acuerdo, pese a que TRUMAN no guardaba simpatía alguna por FRANCO sino más bien todo lo contrario (debido entre otras cosas a su intolerancia religiosa). Pero FRANCO estaba mucho más interesado aún en ello, sabedor de que se jugaba la pervivencia del régimen. Emprendió toda una campaña propagandística en Estados Unidos intentando sacar partido de su cruzada anticomunista[102]. Finalmente, sin embargo, toda esta hinchada grandilocuencia quedó ridiculizada en los hechos por la mala gestión de la negociación que hizo el gobierno español, obligado a aceptar en el último momento prácticamente en bloque las condiciones estadounidenses. Estados Unidos logró de plano sus objetivos estratégicos con los acuerdos de Madrid. Pero para FRANCO éstos fueron absolutamente decisivos, ya que aseguraron efectivamente la continuidad del régimen reduciendo de forma drástica la presión externa e interna sobre él. En el orden exterior FRANCO pudo legitimarse y enseguida se escenificó el cambio con la entrada de España en la ONU dos años después, en 1955. Dentro, pudo continuar con su política de represión («ley y orden») acusando a los conspiradores comunistas y masones de todas las desgracias del país. De esta manera se consolidó la singularidad del régimen franquista en la vieja Europa.

KELSEN, buen conocedor de la situación europea por diferentes conceptos, no podía ignorar todo esto. Por un lado, políticamente hablando, decir que sí a Salamanca significaba desde luego aceptar la invitación de un país que había optado resueltamente por una de las dos únicas alternativas existentes: la del capitalismo (al menos por negación furibunda de la otra), y un país que (para Estados Unidos) jugaba un importante papel en el nuevo mapa político de Europa que (desde Estados Unidos) se estaba configurando. Era también por ello una ocasión para exhibir su profesión

[102] FRANCO apareció en septiembre de 1952 en una entrevista en *The Washington Post* hablando del estado de las negociaciones y ofreciéndose como parapeto frente al bloque soviético y en otra posterior (ya con EISENHOWER como presidente en 1953) elogiando —vestido de uniforme tratando de igualarse con el general norteamericano— el papel de Estados Unidos en la Guerra de Corea. En la prensa española se hacían fotomontajes de FRANCO y EISENHOWER presentando a éste como un recién llegado al anticomunismo y el acuerdo como un triunfo del Caudillo que asombraba al mundo. *Cfr. ABC*, 27, 29 y 30 de septiembre de 1953.

anticomunista. Pero, por otro lado, desde un punto de vista personal, seguramente para KELSEN todo esto no era todavía una razón concluyente (a la altura ya de 1954). Sabía muy bien que se trataba de un régimen fascistizado. Es probable que no ignorase que FRANCO recibiría también el doctorado en lo que iba a ser una ceremonia de pura glorificación política, ni que el Rector de Salamanca había sido el mismísimo intérprete de la reunión de Hendaya entre HITLER y FRANCO de 1940. Tampoco podía desconocer la deriva franquista de su antiguo y más importante discípulo español LEGAZ[103]. Todo lo cual era sin duda de difícil digestión. Pero académicamente aquel era, de todas maneras, un gran reconocimiento para su carrera: rechazarlo le parecía también demasiado. No habría por qué identificar absolutamente a Salamanca con FRANCO: al fin y al cabo se trataba de una de las universidades europeas más antiguas y era Europa, además, de donde únicamente podía esperar ya homenajes de ese tipo. Por otra parte, la propia Universidad de California había enviado un delegado a los actos de octubre de 1953 y hasta en el doctorado de FRANCO estuvo presente un agregado de la embajada estadounidense en España[104]. El balance de todos estos elementos dio lugar, como sabemos, a un curso de acción más próximo a la negativa que a la aceptación tácita, y se materializó en una actitud de prudente distancia. KELSEN no rechazó la invitación pero tampoco lo aceptó de forma expresa, sino que se mantuvo en silencio hasta que, transcurrido un plazo que hacía ya imposible la asistencia, aceptó en el último momento su proclamación como doctor *honoris causa* en ausencia al ser apremiado en tal sentido desde Salamanca.

Su inasistencia era el *minimum* exigible, dadas las circunstancias. Ahora bien: ¿era rechazar el nombramiento y decir que no a Salamanca (lo que sería también un no al régimen franquista) un *maximum* heroico, «supererogatorio»? Ya he manifestado mi opinión negativa al respecto. No creo que tal conducta fuera inexigible: dadas sus circunstancias y sobre todo su cargado y significado equipaje biográfico, KELSEN pudo y debió rehusar la participación (aunque fuera *en ausencia*) en el mismo acto en que se

---

[103] En 1972 declaraba LEGAZ, ambiguamente: «no soy un seguidor —no al menos un seguidor de estricta observancia— de la teoría pura del Derecho» pero «mi producción filosófico-jurídica está condicionada por los planteamientos de la teoría pura del derecho» (LEGAZ, 1972: 77). En este texto —una conferencia dictada en la Facultad de Derecho de Coimbra con motivo del noventa aniversario de KELSEN— se refiere también al artículo que había escrito treinta años atrás defendiendo «el valor actual» de la teoría de KELSEN (y que ya hemos citado: LEGAZ, 1942), afirmando que ya en él subrayaba que la teoría pura «conserva cierta validez» pero «sin comprometerme en una defensa integral de la misma», sino sólo saliendo al paso «de los desconocimientos o de los improperios que le dirigían los juristas de esos años», y dejando claro que «constituía una superlativa frivolidad criticarlo en nombre de lo que, en otro momento estaba de moda» (LEGAZ, 1972: 78). Es obvia la calculada equivocidad y reinterpretación acomodaticia del pretérito en estas palabras de LEGAZ en 1972, puesto que lo que hubo por su parte en los años cuarenta fue un inequívoco intento de utilización ideológica del kelsenismo al servicio del Nuevo Estado, intento que rectificó al principio de los años cincuenta cuando el totalitarismo era un incómodo lastre ideológico que se hacía necesario abandonar. Entonces LEGAZ trata de recuperar de algún modo sus tesis sobre el Estado de Derecho anteriores a la guerra, de inspiración kelseniana, pero desvinculando ese concepto de la tradición liberal y de la «democracia de masas» para justificar la legitimidad del régimen franquista y la ruptura con la legalidad republicana (LEGAZ, 1951; *cfr.* al respecto GARCÍA MANRIQUE, 1996: 229 y ss.). En la conferencia sobre KELSEN de 1972, LEGAZ se distancia ya por completo de la idea de que «también el Estado nacional-socialista era un Estado de Derecho» (LEGAZ, 1972: 89). No sabemos si LEGAZ puede ser llamado un «discípulo» de KELSEN, por cuanto la relación de discipulado parece ser «bidireccional» y requerir reconocimiento recíproco. Sí es cierto, en todo caso, que KELSEN participó en el libro homenaje a LEGAZ (KELSEN, 1960).

[104] *VII Centenario. Programas de actos. Invitaciones. Protocolo. Alojamiento*, AC 7566/2.

proclamaba a FRANCO doctor *honoris causa en Derecho*, evitando así prestarle la convalidación que su nombre y su prestigio comportaban.

No se trata aquí, naturalmente, de algo así como «juzgar» el comportamiento de KELSEN en abstracto, gratuitamente. Se trata ante todo de entenderlo desde sus concretos actos previos y también desde sus propias doctrinas: de entenderlo, por tanto, críticamente. Es evidente que no cabe «condenar» su conducta en términos simplistas, como si ésta respondiera, por ejemplo, a conformismo, a falta de resolución o debilidad de carácter. Si no rechazó la mención salmantina ello no fue desde luego por falta de valor. KELSEN había demostrado a lo largo de su vida en circunstancias bastante más inciertas y dramáticas tener un enorme coraje. Numerosos episodios podrían narrarse aquí en corroboración de tal rasgo de su carácter. Desde su valiente posición durante el conflicto de las dispensas que («bajo la presión de la Iglesia Católica») originó la disolución del Tribunal Constitucional austríaco y la marcha de KELSEN de Viena en 1930 [KELSEN, 2008: 135 y ss., 145], hasta su enfrentamiento con los que le atacaban por su origen judío en Viena en 1918 o con los nacionalsocialistas que le amenazaron de muerte en la Universidad Alemana de Praga tras su huida de Colonia (KELSEN, 2008: 160 y ss.; FEICHTINGER, 2009: 327), sin olvidar su viaje de vuelta a Europa desde Estados Unidos nada más estallar la guerra[105]. En realidad, todo su periplo vital había estado plagado de forzosas exhibiciones de estoicismo ante la cadena de adversidades que le tocó encarar y que le obligaron a recomenzar desde cero no en una sino en varias ocasiones: una verdadera «odisea», como dice JESTAEDT, en la que «Kelsen cambió cinco veces su sitio de actividad universitaria y ninguna de estas veces libre y espontáneamente»[106]. Pero de todos los recomienzos sin duda el más duro fue el de su última etapa norteamericana y su traslado a California, como ya hemos visto, donde llegó a encontrarse en una situación «extremadamente precaria», que su autobiografía dejaba sin embargo velada (NITSCH, 2009: LXIV y ss.)[107]. Tuvo que ser muy frustrante, un desengaño casi vejatorio, el no encontrar acogida en la academia jurídica estadounidense para él, que venía de ser considerado como una leyenda en Europa: el gran jurista que apenas a la edad de cuarenta años, tras haber recibido el encargo de recomponer la unidad jurídica de un imperio en la forma de Estado

[105] En 1939 KELSEN había viajado a Estados Unidos para acudir a una de las últimas conferencias del neopositivista Círculo de Viena (el *Fifth International Congress for the Unity of Science* celebrado en septiembre en Cambridge), aprovechando este viaje también para establecer su ya citada red de contactos con profesores y universidades americanas. Allí le sorprendió el estallido de la guerra, a partir del cual comenzó a hacer planes para el traslado definitivo de su familia. Sin embargo, a diferencia de muchos de sus colegas de emigración a Estados Unidos, KELSEN decidió aún regresar a Europa una vez más antes de su viaje definitivo al año siguiente. Él mismo confiesa en una carta a POUND que sabía estar corriendo «un gran riesgo» (*cfr.* NITSCH, 2009: XXV y ss.).

[106] JESTAEDT, 2008: 41, 44. El editor de la autobiografía kelseniana resalta cómo en ésta domina en general un tono «elegíaco», en el que lo que se destaca es «lo desagradable o inacabado, lo doloroso o malogrado»: «La vida de Kelsen puede ser también considerada como la historia de un ser indeseado». MÉTALL nos presenta igualmente a un hombre de perfil estoico pero pesimista.

[107] Valga esta otra anécdota para ilustrar la soledad en que vivía KELSEN en Estados Unidos: en la primavera de 1945, cuando llevaba en Berkeley apenas dos años (y acababa de conseguir, junto con su mujer, la nacionalidad norteamericana), se comenzaron a reunir en San Francisco —a pocos kilómetros de allí— numerosos diplomáticos europeos para deliberar sobre la constitución de la ONU y muchos de ellos preguntaban por KELSEN interesándose por saber dónde vivía exactamente conocedores de que era por allí. Sólo entonces el Decano de la Facultad fue consciente de su importancia y le llamó para preguntarle si era él «el famoso Kelsen de Europa» del que todos hablaban, a lo que él respondió con un lacónico «sí». La historia la cuenta Th. OLECHOWSKI, 2011: 17, a raíz de una entrevista con Richard M. BUXBAUM, profesor de derecho en Berkeley.

federal, había afrontado con éxito la tarea de diseñar una nueva constitución para la República de Austria inventando el sistema del control concentrado de constitucionalidad[108] y ahora se encontraba casi a la edad de jubilarse con que su autoridad era escamoteada. Lo cierto es que KELSEN nunca encajó (y sigue sin hacerlo) en la cultura jurídica estadounidense, donde fue considerado al principio como un cuerpo extraño y después simplemente tolerado y respetado como una especie de supervivencia del formalismo jurídico y del neokantismo decimonónicos que allí se entendían superados ampliamente hacía mucho por los planteamientos realistas y pragmatistas (BERGMANN/ZERBY, 1945; TELMAN, 2010). De hecho, como ya se apuntó, KELSEN no logró encontrar puesto fijo en ninguna Facultad de Derecho, sino solamente en Ciencia Política, donde a lo más que podía aspirar era a gozar de un ambiente tranquilo y de tiempo para trabajar, pero ya no a formar escuela[109]. Y, sin embargo, su respuesta fue una vez más la de sobreponerse a un entorno adverso a base de trabajo. Al rechazo académico replicó, como ya vimos, con la publicación masiva y sistemática en inglés con el objetivo de abrirse paso en el campo del derecho internacional, por entonces en trance de reorganización, y dar a conocer a los círculos académicos norteamericanos su teoría del derecho. A la marginación que sufrió por parte del gremio internacionalista y la exclusión de que fue objeto en el proceso de redacción de la Carta de las Naciones Unidas, reaccionó publicando un libro de casi mil páginas de comentarios críticos sobre la misma[110]. Académicamente hablando, KELSEN siempre hizo gala de una gran bravura: cualquiera que eche un vistazo a su ingente obra (más de 17.000 páginas publicadas) reconocerá a un polemista que no se achicaba ante nadie y se pasó su vida discutiendo con todo aquel adversario intelectual que se pusiera a tiro. Fueron más bien sus colegas estadounidenses quienes no quisieron discutir con él (TELMAN, 2011: 514 y ss.; GARCÍA-SALMONES, 2013: 170; PAULSON, 1988: 181; KENNEDY, 1995). Además de las ya apuntadas razones culturales (la peculiaridad del *common law*, el realismo jurídico dominante)[111] y políticas (el nuevo papel estratégico de Estados Unidos como potencia imperial o «gendarme de Occidente» y la manera de entender el

---

[108] MÉTALL, 1976: 25 y ss.; OLECHOWSKI, 2009. Como señala PAULSON, 2000: 389, KELSEN consideraba al Tribunal Constitucional su «hijo más querido» (*cfr.* MÉTALL, 1976: 44).

[109] Al final de su *Autobiografía* KELSEN reconoce esta imposibilidad con palabras no exentas de desazón: «Mi actividad docente es plenamente satisfactoria. Sin duda hubiera sido mucho más adecuada para una facultad jurídica mi *Teoría pura del Derecho*. Pero las escuelas de derecho norteamericanas no tienen un especial interés en una teoría científica del derecho. Ellas son *training schools* —escuelas para el oficio jurídico— y su función es la preparación para el oficio práctico de un abogado» (KELSEN, 2008: 171-172). Como escribe LOSANO en su reseña del estudio de NITSCH, «el desinterés estadounidense por el aspecto teórico del derecho fue el gran despecho de KELSEN hasta el fin de su vida» (LOSANO, 2011: 256). La cátedra de KELSEN llevaba por nombre *International Law, Jurisprudence, and Origin of Legal institutions*.

[110] El ya citado PASVOLSKY, jefe de la delegación norteamericana, había considerado las propuestas de KELSEN al respecto como «*legalistic technicalities*» (MÉTALL, 1976: 85). El normativismo formalista kelseniano fue considerado un obstáculo para el proyecto de orden político internacional que Estados Unidos quería implementar mediante la Carta.

[111] *Cfr.* TELMAN (2010). Como señala este autor, no sólo los realistas rechazaban por principio un formalismo jurídico como el de la Teoría pura kelseniana (Karl LLEWELLYN llegó a considerarla «*utterly sterile*»). También un autor como FULLER coqueteaba con la *reductio ad hitlerum* del formalismo jurídico alemán al afirmar (precisamente en 1954) que éste había sido «*notoriously deferential to authority*» (FULLER, 1954: 466). Pero esta no podía ser la única razón explicativa, pues dentro de la misma cultura del *common law* la influencia de KELSEN dejó una importante huella en autores como HART o RAZ. La ausencia de eco de la teoría kelseniana en Estados Unidos es un tema recurrente: *vid.*, p. ej., la discusión generada en el *Brian Leiter's Legal Philosophy Blog* bajo la entrada *«Why don't American philosophers of law talk about Kelsen?»*.

derecho internacional que significaba)[112], hubo tras ello también factores sociológicos (derivados de la propia idiosincrasia profesional de la recién constituida clase académico-jurídica norteamericana [*cfr.* TELMAN, 2008: 12 y ss.]).

Por otra parte, la biografía de KELSEN pone de manifiesto también que era, sin la menor duda, una persona pragmática y dispuesta a pasar página, algo bien explicable en quien ha resistido duros embates vitales. Este rasgo a veces ha descolocado no poco a sus biógrafos. Así, por ejemplo, JESTAEDT (2008: 47) declara «no comprender en absoluto» que en su *Autobiografía* la toma del poder por HITLER «no le mereciera más de cuatro secas palabras». Otras veces, en cambio, ha sido ponderado como actitud generosa por su parte. Hay varios episodios clave de su vida que muestran cómo KELSEN pasó por encima de graves desaires y errores de personas próximas a él que sufrió hondamente en carne propia (*v. g.* los de SANDER o COSSIO)[113], cuando no directas y cobardes traiciones (*v. g.* la de C. SCHMITT)[114]. Tal actitud, aparte de señal de bonhomía, era quizá también el necesario correlato de ese pesimismo cuasihobbesiano antes apuntado, el cual venía a sumarse a su vez a una posición abiertamente escéptica ante cualquier género de fanatismo o fundamentalismo, ya fuera nacionalista o religioso. Sabemos que KELSEN cambió varias veces de nacionalidad y de confesión religiosa por conveniencias prácticas del momento[115]. Un escepticismo que, como se sabe, acabó

---

[112] Sin embargo, en lo que respecta al derecho internacional al menos, tal vez el tiempo acabó dándole la razón al neokantiano KELSEN. El ideal del derecho como mecanismo para articular una «paz perpetua» fue desarrollado por KELSEN, a contracorriente, poniendo el acento no tanto en la legislación o codificación del ordenamiento internacional cuanto en la necesidad de instituir un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria y universal capaz de operar la centralización de tal ordenamiento. Es de subrayar que KELSEN concedía a este tribunal las facultades de desarrollo jurídico en términos de principios que su teoría del derecho negaba, sin embargo, a los tribunales constitucionales nacionales (los cuales seguían siendo concebidos más como poder legislativo que judicial). *Cfr.* TELMAN, 2011: 527, n. 102 y 528, n. 112. Los tribunales internacionales temporales para Ruanda y la antigua Yugoslavia y la tentativa institucionalización de un Tribunal Penal Internacional caminan, pues, en la senda kelseniana.

[113] F. SANDER, discípulo de KELSEN en Viena, le acusó infundadamente de plagio en 1921. En su biografía KELSEN se extiende considerablemente sobre el caso y narra cómo, pese a todo, KELSEN recomendó más tarde a SANDER para una cátedra en Praga y terminó reconciliándose con él allí, incluso sabiendo de su colaboración con los nacionalsocialistas (KELSEN, 2008: 123-129; MÉTALL, 1976: 46 y ss.). En cuanto al desencuentro con C. COSSIO, tuvo lugar a raíz de la visita que KELSEN hizo a Buenos Aires invitado por aquél. El contexto de esta visita argentina, por cierto, guarda bastante similitud con la visita española. También aquí un gobierno totalitario, el peronista, en pleno clima internacional de guerra fría, buscó aprovechar ideológica y académicamente la presencia de KELSEN para legitimar la recién aprobada Constitución de 1949. Algunos juristas antiperonistas incluso advierten de ello a KELSEN por carta y éste finalmente, para contrarrestar el apoyo al oficialismo a que pudo dar lugar, accede a dictar una conferencia en un diario opositor (SARLO, 2010: 407, 409, 412; MÉTALL, 1976: 89). Aparte del choque de personalidades, de las tensiones de la discusión verbal (*cfr.* ATIENZA, 1984: 45) y de la disputa propiamente intelectual de fondo (KELSEN rechazaba la interpretación egológica de la Teoría pura), la ruptura arrancó de la decisión unilateral del filósofo argentino de publicar en 1952 un volumen conjunto conteniendo las conferencias de KELSEN unidas a su propio «Balance provisional». Pese a todo KELSEN no dejó de dar beligerancia intelectual a la tesis de COSSIO en la segunda edición de la *Teoría pura* de 1960.

[114] SCHMITT (con quien ya se había enfrentado en 1931 en la famosa polémica sobre el «guardián» de la Constitución) fue el único colega que no firmó la carta de apoyo contra su depuración de la Facultad de Derecho de Colonia, donde KELSEN era decano. Detalles al respecto en SOSA WAGNER, 2004: 179 y 238 y MÜLLER 2011: 65ss.. MÉTALL apunta (quizá recogiendo la impresión de KELSEN) que a fin de cuentas SCHMITT le hizo un favor involuntario, «porque si se hubiera quedado, habría sufrido algo peor que un simple cese» (MÉTALL, 1976: 61).

[115] Cambió de nacionalidad austríaca a alemana en 1930 cuando desde Viena se trasladó a Colonia como profesor, posteriormente adquirió la checoslovaca al ir a la Universidad de Praga y por último renunció a ella para asumir la estadounidense en 1945 (MÉTALL insiste varias veces en que KELSEN es «indiferente a la nacio-

extendiéndose a todo el espectro axiológico para transformarse finalmente en relativismo moral (único y exiguo apoyo filosófico que KELSEN supo hallar para la democracia como forma de organización política basada en el pluralismo).

La adopción de un pragmatismo escéptico semejante debió de estar, pues, a la base de la posición de KELSEN ante el doctorado *honoris causa* de Salamanca en 1954, cuando ni acepta el nombramiento ni acude al acto, pero tampoco lo rechaza y consiente en ser investido en ausencia. Y el mismo razonamiento pragmático pudo operar, ahora intensificado, en 1956 cuando KELSEN visita Granada. Intensificado, porque ahora el asunto podía verse retrospectivamente. Que se hallara personalmente en España marcaba, como es natural, una diferencia. Venía de Ginebra, donde ya sabemos que se sentía «en casa»: él era un europeo, forjado en el ambiente del racionalismo y el universalismo cosmopolita de los años de Viena (GARCÍA-SALMONES, 2013: 158 y ss.), el mismo ambiente que se respiraba en el seno del *Institut de Droit International*. Encapsulado en la culta y elitista «burbuja» de esa reunión, aparentemente distanciada de todo tacticismo geopolítico, se trataba en efecto *nada más* que de doctrina internacional. Para entonces incluso los internacionalistas estadounidenses habían abandonado ya su hostilidad de años atrás: su propia presencia en el *Institut* como miembro honorario era posiblemente una consecuencia de ello[116]. Y dentro de esa cápsula (esa «gran familia», según las palabras de YANGUAS) todo contribuía a escenificar diplomáticamente el aperturismo y la normalización de relaciones de España en el concierto internacional, recién consumado su ingreso en la ONU apenas un año atrás: resultado de ello era también que la propia reunión del *Institut* aconteciese en Granada («ningún Estado puede bastarse a sí mismo»). De modo que no resulta extraño que KELSEN no encontrara ya los mismos reparos y pudiera interesarse por recobrar el título de doctor *honoris causa* de Salamanca, acreditativo del *grand honneur avec lequel l'une des plus anciennes et plus celèbres Universitès du monde m'a distingu*é, tal como escribe en su carta, cerrando con ello un capítulo pendiente. Ahora sí podía verse ya como un asunto de «ciencia» y no de «política».

Y, sin embargo, parece indudable que KELSEN se estaba engañando con ello. Traicionaba, cuando menos, el compromiso que su propia trayectoria biográfica había demostrado con ciertos valores ilustrados. Desmentía el juicio exigido por «su» moral relativa y particular, esa que famosamente explicaba al final de su última lección en Berkeley[117]. Pues evidentemente en aquella España no había ni *libertad* ni *democracia* ni *tolerancia* algunas, y la única *paz* existente era la impuesta a base de represión po-

---

nalidad»). De origen judío, KELSEN se convirtió al catolicismo en 1905 y al protestantismo en 1912, en ambos casos por razones ajenas a cualquier convicción religiosa (OLECHOWSKI, 2011: 8). En relación con su posición atea pueden verse las críticas que dirige a la «teología política» en su libro de 1964 publicado póstumamente (KELSEN, 2012).

[116] No es banal seguramente recordar que la Fundación *Carnegie* financiaba el *Institut de Droit International* y G. A. FINCH, el otro jurista estadounidense presente en Granada (cuya crónica hemos citado), era el jefe de la división internacional de esa fundación además de director del *American Journal of International Law*.

[117] «*And, indeed, I do not know, and I cannot say what justice is, the absolute justice for which mankind is longing. I must acquiesce in a relative justice ans I can only say what justice is to me. Since science is my profession, and hence the most important thing in my life,, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth can prosper. "My" justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy —the justice of tolerance*» (KELSEN, 1957: 24). El audio original de la lección está disponible en *http://gradlectures.berkeley.edu/lecture/what-is-justice/* (fecha consulta 1 de febrero de 2015).

lítica y manipulación social e ideológica (por no decir la paz de los cementerios y las fosas comunes [ESCUDERO/PÉREZ, 2013]). No era sino ponerse una venda —o pura falsa conciencia— tratar de aplicar aquí cualquier versión de la máxima metódica de la «pureza» o neutralidad política, pretendiendo que sería posible separar o escindir perfectamente (pues de eso va la metáfora de la *Reinheit*: de no mezclar) lo político-moral de lo científico para así poder considerar *ad hoc* aquel acto como «puramente académico». Éste era, en realidad, un *mixtum* en donde la ciencia y la política, la universidad y el régimen franquista, se fundían de forma inextricable («El Caudillo para la Universidad y la Universidad para el Caudillo») y, lo que es peor, seguirían haciéndolo por mucho tiempo. Pues, ciertamente, nada había cambiado sustancialmente en España a la altura de 1956. Solamente la apariencia diplomática de las relaciones internacionales podía hacer pensar ilusoriamente otra cosa. El régimen de FRANCO continuó al menos hasta bien entrada la década siguiente sin experimentar transformación esencial alguna y los cambios producidos fueron contra la voluntad del dictador[118].

Con su gesto de reivindicar el título de doctor *honoris causa,* abandonando así su anterior distanciamiento, KELSEN no consiguió otra cosa que provocar de forma activa aquello que en 1954 quiso evitar pasivamente: que su nombre contribuyera de algún modo a legitimar —y fuese utilizado por— un régimen totalitario como el de FRANCO. La situación del momento histórico nos proporciona una analogía con otro relevante personaje que puede resultar, creo, sumamente ilustrativa para respaldar este juicio. En junio de 1953, el rector TOVAR escribe a ORTEGA Y GASSET (que había regresado a España en 1945 y acababa de cumplir setenta años tras un largo periodo de silencio, distanciado del régimen y vilipendiado por el fanatismo integrista católico) para proponerle que dictase la lección de clausura del curso académico 1952-1953 en la Universidad de Salamanca. La respuesta de ORTEGA también se basaba en invocar la neutralidad intelectual, sólo que de un modo irónico y para expresar el más rotundo rechazo: «En las circunstancias actuales —dice el filósofo— no me es posible una actuación de ese género y, en rigor, de ninguno como no sea publicar libros»[119]. ORTEGA cortaba así en seco cualquier posibilidad de acercamiento a lo que interpretaba como maniobra de instrumentalización. ¿No tenía KELSEN, *mutatis mutandis*, iguales razones y mejor posición para, al menos, hacer lo mismo?

Puede que KELSEN no estuviera al tanto de la situación personal de ORTEGA. Puede que ignorase también algunos otros lacerantes hechos de la España oficial de la época: como el homenaje que todavía en 1951 se celebró en el Ateneo de Madrid, presidido por Pedro ROCAMORA y acompañado del presidente del Tribunal Supremo José CASTÁN, al Mariscal PETAIN («el héroe de Verdún») y al fascismo francés, o la

[118] El giro político-económico del franquismo sólo comenzó a producirse lentamente a partir del nuevo gobierno «tecnócrata» de 1957 encabezado por LÓPEZ-RODÓ y el Plan de Estabilización de 1959. Hasta entonces se mantuvo la política de autarquía que puso al país al borde de la quiebra económica y que FRANCO abandonó con incomprensión. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 sentó las bases para una reorganización institucional del régimen en términos relativamente distanciados del puro poder personal del caudillo (se crearon la presidencia del gobierno, el procedimiento administrativo, etc.). Los efectos de estas reformas, sin embargo, no fueron perceptibles sino hasta varios años después.

[119] *Apud* MORÁN, 1998: 470. Sabemos también por este libro, sin embargo, que la distancia de Ortega no le impidió seguir cobrando su sueldo de catedrático hasta su jubilación en 1953 pese a no regresar a la universidad después de 1936.

conferencia del rector TOVAR reivindicando el falangismo en 1953 [120]. Puede que desconociera el asesinato en febrero de 1953 en la Dirección General de Seguridad de Madrid de Tomás CENTENO, líder socialista de la UGT, o las protestas estudiantiles que determinaron la destitución en 1956 (apenas meses antes de su llegada a Granada) del ministro RUIZ-GIMÉNEZ que le hizo doctor *honoris causa*... o las huelgas obreras en Asturias y el País Vasco que se reprimieron con fuerza durante su misma estancia en Granada [121]. Pero lo que no podía desconocer es que el efecto simbólico deslegitimador de un hipotético rechazo expreso o condena suya —dada la *auctoritas* de que gozaba como jurista— habría tenido tal vez un alcance mucho mayor, por más que no cambiara demasiado las cosas, que el que tuvo su carta reclamando el diploma salmantino. No se trata (supongo que ni falta hace decirlo) de que KELSEN no mereciera poseer un honor como ése: probablemente nadie acumulaba mayor mérito que él en aquella ceremonia de Salamanca. Más bien era el doctorado de Salamanca el que no era merecedor de KELSEN. Pero tampoco KELSEN lo necesitaba, aunque él creyera que sí. Lo triste del asunto es que, en rigor, ni siquiera el régimen *necesitó* instrumentalizar a KELSEN, ni política ni académicamente. En lo ideológico-político, la continuidad del franquismo nunca precisó realmente recurrir a una legitimidad jurídica de tipo kelseniano, aunque no faltaran voluntarios [122]. Y en lo académico, por supuesto, continuó siendo perfectamente preterido: hubo que esperar al menos una generación para que KELSEN comenzara a ser estudiado de nuevo en España y de verdad [123]. A cambio, KELSEN corría el sólo riesgo de perder una distinción académica que, por más que él tuviera —como sin duda la tenía— en alta valoración, carecía objetivamente del significado honorífico pretendido y terminó cubierta al cabo de los años por el desprestigio (en el caso de FRANCO, a quien le fue revocada) y por el silencio (en su propio caso).

Tal vez en esa aceptación por KELSEN del *status quo* puede reconocerse una clara manifestación —y una concreta consecuencia práctica— de la centralidad que en su normativismo tiene el llamado «principio de efectividad», es decir, la cruda facticidad del poder político (algo que sin duda lo revela también como pragmatismo). Fue el *hecho* de la perduración eficaz de un régimen de origen totalitario y fascista como el

---

[120] La conferencia, impartida en la sede central del Movimiento Nacional, ante la Guardia de Franco y retransmitida por radio a todo el país, llevaba por hábil título, obra de experto filólogo, *Lo que a la Falange debe el Estado* (Madrid, Delegación Nacional del Frente de Juventudes, 1953). En ella TOVAR reconoce como una «catástrofe» la derrota del Eje y dice cosas como éstas: que el vencedor de la guerra mundial «no ha sido vencedor nuestro», que «vivimos en una época de restauración democrática, de vuelta al pasado», y que «seguimos orgullosos de que para ir a los Estados Unidos se exija el juramento de no ser falangista».

[121] Los paros se debieron a la brutal subida de los precios y, extendidas por todo el norte de España, forzaron una reunión de emergencia del gobierno, de diez horas, el 29 de abril en el Alcázar de Sevilla, donde FRANCO visitaba la Feria. El 1.º de mayo FRANCO imputaba a las logias masónicas y al comunismo internacional la organización de las revueltas dirigiéndose a 25.000 falangistas reunidos en esa ciudad. A continuación recordaba al país que España era constitucionalmente «una Monarquía sin realeza» (*apud* PRESTON, 1994: 817).

[122] Ya hemos apuntado las contradicciones que entrañaban intentos como los de LEGAZ y otros de utilizar el normativismo formal (junto con otros ingredientes totalitarios y iusnaturalistas) para presentar el régimen franquista como un «Estado de Derecho». Contra esto reaccionó el temprano e influyente libro de Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cuya primera edición es de 1966 (Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo). Esa mixtión íntima de formalismo positivista y de iusnaturalismo dogmático explica probablemente muchas cosas de nuestra cultura jurídica.

[123] Es significativo que el primer estudio serio, el de A. CALSAMIGLIA, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica* (Barcelona, Ariel), sea precisamente del año 1978.

de FRANCO después de la guerra, un hecho fabricado también desde Estados Unidos como hemos insistido, lo que aseguró la *validez* presupuesta de su *Grundnorm*. Pero tal concesión a los hechos del «ser» no dejaba de contrastar con la tesis que el propio KELSEN había mantenido en relación con la Alemania de posguerra. Aquí la *continuidad jurídica* exigía en su opinión la *ruptura* con el ordenamiento nazi, ilegalmente edificado[124]. La España franquista, en cambio, había pasado a legitimarse convertida en la *misma* entidad jurídica que la España republicana. Es difícil no acordarse de aquella celebrada metáfora que KELSEN mismo acuñó tempranamente (1927: 55), según la cual, después de alzar el velo, la mirada directa a los ojos de la Gorgona del poder produce irresistiblemente un efecto paralizante. Muy lejos queda la brillante sentencia con que nuestro protagonista cerraba su primer libro publicado en Estados Unidos: «La idea del derecho, pese a todo, parece todavía ser más fuerte que cualquier otra ideología del poder» (KELSEN, 1944a: 170).

O quizá el factor decisivo haya de ser buscado no en las teorías sino más bien en la pequeña escala de las relaciones humanas, no menos pragmáticas. Me refiero en concreto a una singular coincidencia que se produjo en Granada y cuyo relato he querido dejar para el final. Resultó que Antonio MESA-MOLES, el interlocutor de KELSEN en Granada y quien como sabemos intercedió en su nombre ante la Universidad de Salamanca para reclamar el título de doctor *honoris causa*, conocía a KELSEN mucho antes de ese encuentro. Había sido alumno suyo 22 años atrás. MESA-MOLES era catedrático de Derecho Administrativo y en 1932 fue pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios para formarse durante once meses en derecho público en la universidad de Colonia bajo la dirección de KELSEN, donde participó como invitado en su seminario sobre «Problemas fundamentales de Derecho Constitucional»[125]. Quién sabe si KELSEN se acordaba de él y vio entonces servida la ocasión para consultarle acerca del inconcluso asunto de Salamanca. Dado que MESA-MOLES era Secretario General de la Universidad y Decano de la Facultad de Derecho, todo quedaría en un discreto trámite interno académico, casi administrativo, lejos de cualquier intervención de trascendencia política que resultase comprometedora. Y un trámite zanjado rápidamente, puesto que la visita de KELSEN fue como sabemos muy breve. Acaso todo esto propició el resorte psicológico que indujo en él la apariencia de una neutralidad que en los hechos era imposible.

---

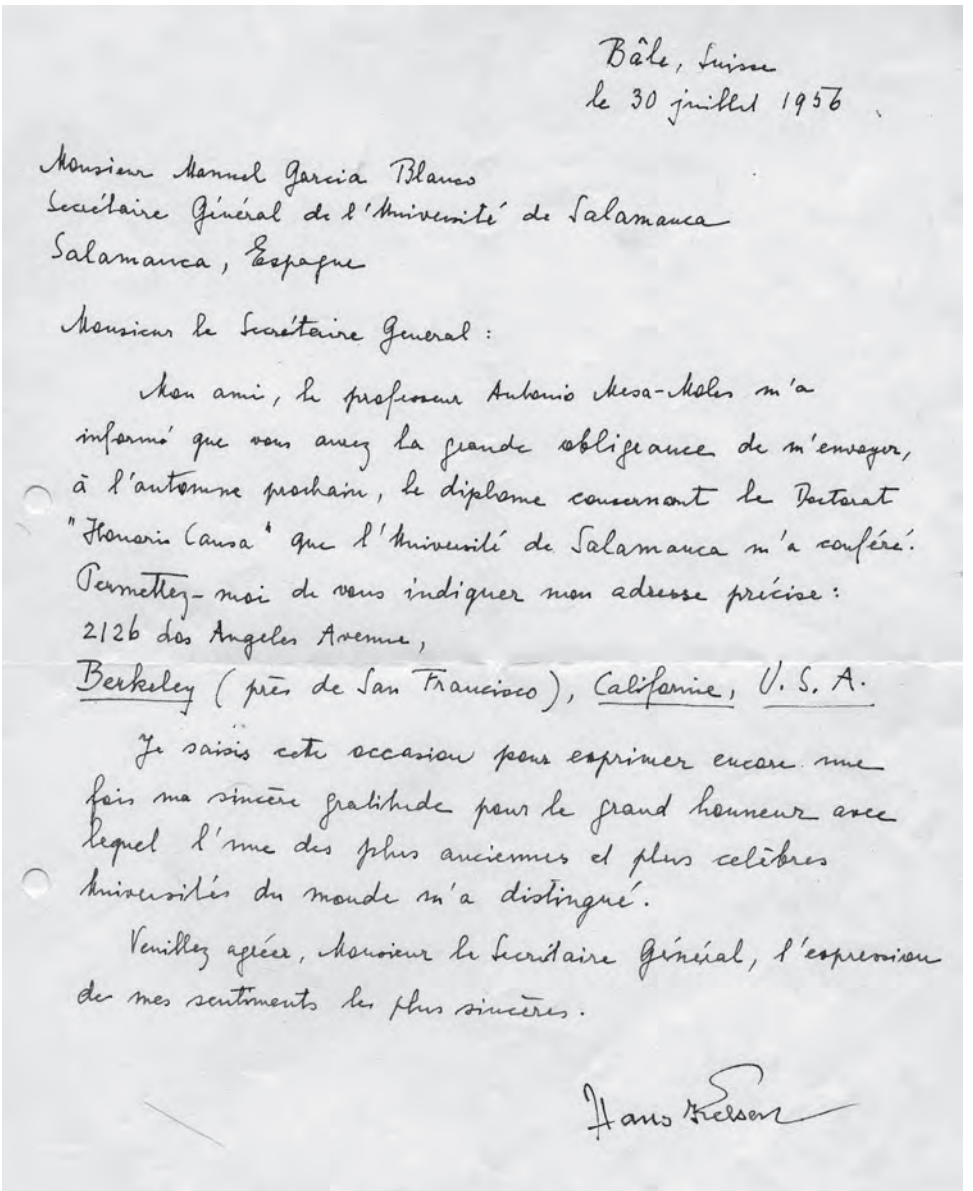
[124] «Después de que finalice el periodo de *condominium* y su soberanía sea restaurada, Alemania sería *jurídicamente* un nuevo Estado. No existiría ninguna continuidad entre el destruido Estado nazi y la nueva Alemania democrática. La nueva constitución de la Alemania soberana no sería el resultado de un cambio constitucional o revolucionario en la constitución nazi, sino el comienzo de una nueva vida constitucional. Sólo como una nueva comunidad que no está conectada por vínculo jurídico alguno con la Alemania nazi, entraría la Alemania democrática en la futura organización internacional después de esta guerra» (KELSEN, 1944b: 693, subrayado original). Por cierto que esta posición acerca de la solución de continuidad del Reich le costó a KELSEN el rechazo de sus antiguos colegas constitucionalistas alemanes, quienes dejaron de considerarlo un miembro de su «comunidad moral» (*cfr.* MÜLLER, 2011: 290-291).

[125] Obtengo estos datos de PETIT (2014). Ahí figura también que durante la guerra (entre 1937 y 1938) fue secretario local de FET y de las JONS. En su certificado de depuración del Ministerio de Educación Nacional consta que «se le considera persona muy afecta al Glorioso Movimiento Nacional» (5 de julio de 1941). *Vid.* también PELÁEZ, 1995: 24, 56. Este último autor señala en otro sitio: «Resulta curioso, y ha sido repetido en varias ocasiones, que al único español que recordaba y reconocía Hans KELSEN no era otro que al administrativista granadino Antonio MESA-MOLES SEGURA (1911-1986). ¿Qué debió ver KELSEN en don Antonio, en lo que no se fijaron otros?» (PELÁEZ, 2011: 728).

En fin: tal vez todo fue mucho más simple y la razón última debamos encontrarla en la regla del verso final del célebre poema crepuscular que KELSEN tituló —reveladoramente— *Carpe diem* y que vio la luz en las páginas de esta misma revista (SCHMILL, 1996):

Nur was du ergreifst ist dein!

O sea: «¡Solamente aquello que haces tuyo te pertenece!».



Bâle, Suisse
le 30 juillet 1956

Monsieur Manuel Garcia Blanco
Secrétaire Général de l'Université de Salamanca
Salamanca, Espagne

Monsieur le Secrétaire General :

Mon ami, le professeur Antonio Mesa-Moles m'a informé que vous avez la grande obligeance de m'envoyer, à l'automne prochain, le diplome concernant le Doctorat "Honoris Causa" que l'Université de Salamanca m'a conféré. Permettez-moi de vous indiquer mon adresse précise :
2126 dos Angeles Avenue,
Berkeley (près de San Francisco), Californie, U. S. A.

Je saisis cette occasion pour exprimer encore une fois ma sincère gratitude pour le grand honneur avec lequel l'une des plus anciennes et plus célèbres Universités du monde m'a distingué.

Veuillez agréer, Monsieur le Secrétaire Général, l'expression de mes sentiments les plus sincères.

Hans Kelsen

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN, V., 2012: «Hans Kelsen: bitácora de un itinerante» [1989], en G. A. RAMÍREZ, (ed.), *Ecos de Kelsen. Vida, obra y controversias*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 35-47.

ARANGIO-RUIZ, G.; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., y SCHACHTER, O., 1998: «The European Tradition in International Law: Hans Kelsen. Personal Recollections», *European Journal of International Law*, 9/2: 386-390.

ATIENZA, M.: «La Filosofía del Derecho en los países de habla española», inédito.

— 1984: *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires: Depalma.

BERGMANN, G., y ZERBY, L., 1945: «The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law», *Ethics*, 55/2: 110-130.

BERMAN, H. J., 1955: «Review of *The Communist Theory of Law*, by Hans Kelsen», *University of Pennsylvania Law Review*, 104/3: 444-446.

BERNSTORFF, J. von, y DUNLAP, Th., 2010: *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge, Mass.: CUP.

DELGADO PINTO, J., 2002: «Breves notas sobre la evolución de la filosofía del Derecho española entre 1960 y 1984», en V. ZAPATERO (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, s. l., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, 103-114.

DÍAZ, E., 2009a: «Joaquín Ruiz-Giménez: del derecho natural a los derechos naturales», *Doxa*, 32: 15-36.

— 2009b: *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Madrid: Trotta.

EHS, T., y GASSNER, M., 2015: «Hans Kelsen (1881-1973). Legal Scholar between Europe and the Americas», *Transatlantic Perspectives*, disponible en *http://www.transatlanticperspectives.org/entry.php?rec=132* [fecha consulta 2 de marzo de 2015].

ESCUDERO, R., y PÉREZ, C. (eds.), 2013: *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid: Trotta.

FEICHTINGER, J., 2009: «Transatlantische Vernetzungen. Der Weg Hans Kelsens und seines Kreises in die Emigration», en R. WALTER, W. OGRIS y Th. OLECHOWSKI (eds.), *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit. Ergebnisse einer Internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 32)*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009, 321-338.

FINCH, G. A., 1956: «L'Institut de Droit International at Granada», *The American Journal of International Law*, 50/3: 640-647.

FULLER, L. L., 1954: «American Legal Philosophy at Mid-Century», *Journal of Legal Education*, 6: 457-485.

FUENTES LABRADOR, A., *et al.*, 1991: «Apoyo institucional en un centro de poder: la Universidad de Salamanca durante la Guerra Civil. Un modelo de comportamiento», en J. J. CARRERAS ARES y M. A. RUIZ CARNICER (eds.), *La Universidad española bajo el régimen de Franco,* Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 257-281.

FLORES, I. B., 2014: «Una visita a Hans Kelsen en México», *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8: 53-94.

GARCÍA MANRIQUE, R., 1996: *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Madrid: CEC.

— y RIVAYA, B., 1998: «Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo (1939-1975)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15: 305-334.

GARCÍA-SALMONES, M., 2013: *The Project of Positivism in International Law*, Oxford: Oxford UP.

GIL CREMADES, J. J., 1968: «Estudio preliminar» a ENGISCH, K., *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona: EUNSA, 9-67.

HALBACH Jr., E. C., 1973: «Hans Kelsen (1881-1973)», *California Law Review*, 61/4: 957-960.

HERSHBERG, J. G., 1993: *James B. Conant: Harvard to Hiroshima and the Making of the Nuclear Age*, New York: Alfred A. Knopf.

HIERRO, L., 1997: «Nota demasiado breve sobre lo que la Filosofía del Derecho española debe al Prof. Ruiz Giménez», en VVAA, *La fuerza del diálogo. Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez,* Madrid: Alianza, 113-122.

— 2010: «En Memoria (académica) de Joaquín Ruiz Giménez», *Revista de Hispanismo Filosófico*, 15: 221-225.

INFANTE MIGUEL-MOTTA, J., 2015: «Salamanca, 7-8 de mayo de 1954: fastos para un dictador (cuatro por el precio de uno)», *Artículos del Departamento de Historia del Derecho y Filosofía Jurídica, Moral y política*, *http://hdl.handle.net/10366/121955* [fecha consulta 1 de febrero de 2015].

JESTAEDT, M. (ed.), 2006: *Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006*, en col. con el *Hans Kelsen-Institut*, Tübingen: Mohr Siebeck.

— 2008: «Estudio Preliminar», en H. KELSEN, *Autobiografía*, *op. cit.*, 19-50.

JONES, B. Z., 1984: «To the Rescue of the Learned: The Asylum Fellowship Plan at Harvard, 1938-1940», *Harvard Library Bulletin*, XXXII/3: 205-238.

JULIÁ, S., 1999: *Un siglo de España. Política y sociedad*, Madrid: Marcial Pons.

— 2002: «¿Falange liberal o intelectuales fascistas?», *Claves de Razón Práctica*, 121: 4-13.

KELSEN, H., 1920a: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen: Mohr.

— 1920b: *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig: C. L. Hirschfeld;

— 1923: «Die politische Theorie des Sozialismus», *Österreichische Rundschau*, 19: 113-135.

— 1924: *Marx oder Lasalle. Wandlungen in der polistischen Theorie des Marxismus*, Leipzig: C. L. Hirschfeld.

— 1927: «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3: 2-62.

— 1928: *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*, trad. de L. RECASÉNS y J. DE AZCÁRATE, Barcelona: Florez Núnez y comp., prólogo de L. RECASÉNS.

— 1929: *Vom Wesen und Wert der Democratie* [1920], Tübingen: Mohr (2.ª ed.).

— 1931: «Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 66: 449-521.

— 1933: *La Teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, trad. de L. LEGAZ, Madrid: Ed. Revista de D. Privado.

— 1934: *Teoría general del Estado*, trad. de L. LEGAZ, Barcelona: Labor.

— 1935a: *Esencia y valor de la democracia*, trad. de L. LEGAZ, Barcelona: Labor.

— 1935b: *The Legal Process and International Order*, Londres: Constable & Co.

— 1938: *Zur Reform des Völkerbundes,* Praga: Pax Edition.

— 1939: *Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant*, Ginebra: Centro de Investigación de Ginebra (Geneva Studies, X, núm. 6).
— 1941a: «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», *Harvard Law Review*, 55/1: 44-70.
— 1941b: «The Law as a Specific Social Technique», *The University of Chicago Law Review*, 9/1: 75-97.
— 1942: *Law and Peace in International Relations*, Cambridge: Harvard UP.
— 1944a: *Peace through Law*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
— 1944b: «The International Legal Status of Germany to be Established Immediately Upon Termination of the War», *American Journal of International Law*, 38/4: 689-69.
— 1945a: «Sanctions in International Law Under the Charter of the United Nations», *Iowa law Review*, 31: 499-543.
— 1945b: «The Rule Against *ex post facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminal», *The Judge Advocate Journal*, 8: 8-12.
— 1945c: *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard UP.
— 1948: *The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis*, Berkeley: U. of California Press.
— 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London: Stevens & Sons; New York: Frederick A. Praeger Inc.
— 1952: *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Co.
— 1955a: *The Communist Theory of Law*, New York: Frederick A. Praeger Inc.
— 1955b: «The Foundations of Democracy», *Ethics*, 64: 1-101.
— 1957: *What is Justice? Justice, Law and Politics* in *the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
— 1960: «Recht und Moral», en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Profesor Luis* LEGAZ *y Lacambra*, Santiago de Compostela: U. de Santiago de Compostela, vol. I, 153-164.
— 2007: *Hans Kelsen Werke. Band 1: Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, ed. de M. JESTAEDT en col. con el *Hans Kelsen-Institut*, Tübingen: Mohr Siebeck.
— 2008: *Autobiografía*, trad. de L. VILLAR BORDA, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
— 2012: *Secular Religion: A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as «New Religions»* [1964], Wien: Springer.
KENNEDY, D., 1995: «Kelsen als Pragmatist des Völkerrechts. Die Oliver Wendell Holmes Lectures des Jahres 1941», en A. CARRINO y G. WINKLER (eds.), *Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre*, Wien: Springer, 95-128.
LADAVAC, N. B., 1998: «Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography», *European Journal of International Law*, 9: 391-400.
LEGAZ, L., 1933: *Kelsen: estudio crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena,* prólogo de L. RECASÉNS, Barcelona: Bosch.
— 1942: «Notas sobre el valor actual de la Teoría pura del Derecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4: 355-377.
— 1947: «La Teoría pura del Derecho y el pensamiento político de José Antonio Primo de Rivera», en *id., Horizontes del pensamiento jurídico (Estudios de Filosofía del Derecho)*, Barcelona: Bosch, 297-309.
— 1951: «El Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, 6: 13-34.
— 1957: «La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española», *Revista de Estudios Políticos*, 96: 29-40.
— 1972: «Kelsen hoy», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 16: 77-92.

López García, J. A., 1996: *Estado y Derecho en el franquismo. El nacionalsindicalismo: F. J. Conde y L. Legaz Lacambra*, Madrid: CEC.

Losano, M. G., 1989: «Kelsen y Freud» [1977], en O. Correas (ed.), *El otro Kelsen*, México: UNAM, 99-110.

— 2006: «Hans Kelsen. Una biografía cultural mínima», *Derechos y libertades*, 14: 113-128.

— 2011: «Gli anni americani di Hans Kelsen», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI: 253-258.

Martínez Neira, M., 2004: «La Facultad de Derecho de Salamanca en la posguerra», en E. Torijano, S. de Dios y J. Infante (eds.), *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca-CajaDuero, 148-207.

Mesa, R. (ed.), 1982: *Jaraneros y alborotadores. Documentos sobre los sucesos estudiantiles de febrero de 1956 en la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense.

Métall, R. A., 1976: *Hans Kelsen. Vida y obra* [1969], trad. de J. Esquivel, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Moradiellos, E., 2000: *La España de Franco (1939-1975). Política y sociedad*, Madrid: Síntesis.

Morán, G., 1988: *El maestro en el erial. Ortega y Gasset y la cultura del franquismo*, Barcelona: Tusquets.

Müller, I., 2011: *Los juristas del horror* [1987], trad. de C. A. Figueredo, Bogotá: Inv. Rosa Mística.

Muñoz Soro, J., 2006: «Joaquín Ruiz-Giménez o el católico total (apuntes para una biografía política e intelectual hasta 1963)», *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea,* 5: 259-288.

Nitsch, C., 2009: «"Holmes Lectures, 1940-41". Studio storico-critico su Kelsen in America», en H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazione internazionale. Le Oliver Wendell Holmes lectures, 1940-41*, Milano: Giuffrè, III-LXX.

Olechowski, Th., 2009: «Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichische Bundesverfassung», en R. Walter *et al.* (eds.), *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*, *op. cit.,* 211-230.

— 2011: «Biographische Untersuchungen zu Hans Kelsen», *Rechtsgeschichtliche Vorträge*, 64: 3-22.

Ortega y Gasset, J., 1965: *La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva* [1948], en *Obras Completas*, Madrid: Revista de Occidente, 2.ª ed., vol. VIII, 59-356.

Paulson, S. L., 1988: «Die Rezeption Kelsens in Amerika», en O. Weinberger y W. Krawietz (eds.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker,* Viena: Springer, 179-202.

— 2000: «On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution and his Defense of Constitutional Review», en W. Krawietz *et al.* (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin: Duncker & Humblot, 385-395.

Peláez, M. J., 1995: *Infrahistorias e intrahistorias del derecho español del siglo XX. Un paisaje jurídico con treinta figuras*, Málaga: Universidad de Málaga.

— 2011: «Sección Bibliografía», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXIII.

Petit, C., 2014: «Mesa-Moles Segura, Antonio (1911-1986)», en *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho 1847-1943*, disponible en *http://portal.uc3m.es* [fecha de consulta 12 de enero de 2015].

Pound, R., 1934: «Law and the Science of Law in Recent Theories», *Yale Law Journal*, 43/4: 525-536.

PÉREZ DELGADO, T., 2006: «Conmemoraciones del VII Centenario: política y discurso», en L. E. RODRÍGUEZ (ed.), *Historia de la Universidad de Salamanca*, Salamanca: Eds. Universidad de Salamanca, vol. III-2, Saberes y confluencias, 1353-1377.

PRESTON, P., 1994: *Franco «Caudillo de España»*, Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 5.ª ed.

RATHKOLB, O., 2009: «Hans Kelsen und das FBI während des McCarthysmus in den USA», en R. WALTER *et al.* (eds.), *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*, *op. cit.,* 339-348.

RECASÉNS, L., 1974; «Balance de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 19: 165-177.

RIVAYA, B., 1996: «La filosofía jurídica en los comienzos del Nuevo Estado español», *Sistema*, 131: 87-103.

— 1998: *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Madrid: CEC.

— 2000: «Kelsen en España», *Revista de Estudios Políticos*, 107: 151-177.

— 2010: *Una historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX*, Madrid: Iustel.

ROBLES, G., 1982: «La recepción de Kelsen en la cultura jurídica española», en *id.*, *Epistemología y Derecho*, Madrid: Pirámide, 151-197.

— 2014: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Madrid: Civitas.

RODILLA, M. A., 2002: «Entrevista a José Delgado Pinto», *Doxa*, 25: 737-762.

RODRÍGUEZ DE LECEA, T., 2013: «Introducción» a J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, *Diarios de una vida. 1967-1978*, Madrid: Cortes Generales-Defensor del Pueblo, 17-39.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, C., 2008: «*Extirpar de raíz*: la depuración del personal docente universitario durante el franquismo. Los catedráticos de las facultades de Derecho», en F. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ y A. M. HESPANHA (eds.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur? (Das Europa der Diktatur, 15),* Frankfurt am Main: Klostermann, 61-99.

RUIZ MANERO, J., 1986: «Sobre la crítica del Kelsen al marxismo», *Doxa*, 3: 191-232.

— 1988: «Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», en H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid: Debate, 11-61.

SARLO, O., 2010: «La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El "frente sur" de la teoría pura», *Ambiente Jurídico*, 12: 401-426.

SAZ CAMPOS, I., 2013: *Las caras del franquismo*, Granada: Comares.

SCHMILL, U., 1996: «Un poema de Kelsen», *Doxa*, 19: 33-36.

SOSA WAGNER, F., 2002: *Maestros alemanes del Derecho público (I)*, Madrid: Marcial Pons.

— 2004: *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Madrid: Marcial Pons.

— 2009: *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Madrid: Marcial Pons.

SCHAMBECK, H., 2013: «Hans Kelsen Leben und Werk. Gedanken su seinem 40. Todestag», *The Lawyer Quarterly. International Journal for Legal Research*, 3/4: 265-282.

SCHÄTZEL, W., 1956: «Tagung des Institut de Droit International in Granada 1956», *Archiv des Völkerrechts*, 6/1: 61-63.

SUMMERS, R. S., 1984: *Lon L. Fuller*, Stanford: Stanford UP.

TELMAN, J., 2008: «The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model», *L'Observateur des Nations Unis*, 24: 1-25.

— 2010: «A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists», en R. WALTER, C., JABLONER y K. ZELENY (eds.), *Hans Kelsen anderswo/Hans Kelsen abroad. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil III (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, Band 33), Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 353-376.

— 2011: «Law or Politics? Hans Kelsen and the Post-War International Order», *Constellations*, 18: 513-528.

VERDROSS, A., 1948: *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, Viena: Springer (2.ª ed.).

— 1955: *Völkerrecht*, Viena: Springer, 3.ª ed.

— 1971: «Der Beitrag der christlichen Naturrechtslehre zum Primat des Völkerrechts», en A. MERKL *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena: F. Deuticke, 276-284.

VVAA, 2011: *Guzmán Gombau fotografía el VII Centenario de la Universidad de Salamanca (1953-1954). Liberalización cultural y apertura internacional de la universidad franquista*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, s. d. [2011].

NOTAS

DERECHO, MORAL Y EL PROBLEMA DE LA NO IDENTIDAD: APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO *

Santiago Truccone Borgogno **
CONICET

RESUMEN. En el presente escrito intentaré explorar la relación entre dos temas controvertidos: el daño y el problema de la no-identidad. Sostendré la idea de que ninguna tesis plausible del daño puede resolver completamente el problema de la no-identidad. Sin embargo, defenderé que una reformulación de la tesis comparativa contra-fáctica es superior a todas las otras tesis del daño y por tanto debería ser adoptada.

Palabras clave: Daño, problema de la no-identidad, comparativismo, PARFIT.

Law, Moral and the Non-Identity Problem: Notes about the Concept of Harm

ABSTRACT. In this paper I tried to explore the relation between two controversial issues: harm and the non-identity problem. I will defend the idea that any harm account cannot fully solve the non-identity problem. However, I will defend that a reformulation of the counterfactual comparative account is better than all others harm accounts, and therefore should be adopted.

Keywords: Harm, non-identity problem, comparativism, PARFIT.

* Fecha de recepción: 29 de abril de 2015. Fecha de aceptación: 23 de julio de 2015.

** Agradezco a Romina FRONTALINI REKERS y Ramiro MOYANO con quienes he discutido reiteradas veces el argumento de este trabajo. Debo agradecer especialmente a Hugo SELEME, José PERALTA, Miguel A. RODILLA y Guillermo LARIGUET, por sus valiosas objeciones. También a Fabián BALCARCE, Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO, Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Esteban LLAMOSAS, Tim MEIJERS, Juan IOSA, Matías GONZALES DEL SOLAR y a Jorge Luis ZEGARRA. Asimismo, a Lucas MÍSSERI, Cristián FATAUROS, Luciana SAMAMÉ, Emanuel OLIVARES, Adriana VERCELLONE, Ignacio GÓMEZ PERDIGUERO, Ercilia ADÉN y a todo el grupo del Programa en Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC) por sus valiosos comentarios.

INTRODUCCIÓN

Algunos escritores sostienen que la corrección o incorrección de las acciones se deriva de la bondad o maldad de sus resultados. Como esta afirmación es polémica, haré la siguiente que es, creo, menos controversial: de las acciones que son incorrectas por sus resultados o efectos, muchas lo son por sus efectos adversos sobre personas particulares. De esta clase de acciones, esto es, de las acciones que son incorrectas por sus efectos adversos sobre personas particulares, algunas lo son por el hecho de que estas personas sufren daños a causa de tales acciones. Cuando se afirma que determinadas acciones son incorrectas en situaciones de deforestación de recursos naturales, desecho de residuos en aguas, otras formas de contaminación ambiental, o en procesos de manipulación genética o acciones reproductivas, parece que aquél es el tipo de razonamiento que existe detrás de tal afirmación. En esos temas es natural asumir que dado que es posible dañar a las personas que vivirán en el futuro, tales acciones son incorrectas. De modo que el principio del daño (*harm principle)* parece una buena herramienta en orden a justificar la censura de tales comportamientos.

Tal principio, utilizado para limitar y justificar moralmente prohibiciones, tiene su origen en los escritos de John Stuart MILL[1]. Mucho se ha debatido, incluso en la época de MILL, sobre el principio del daño. No obstante, para los fines de este trabajo se puede asumir que el principio del daño es una buena razón para justificar moralmente la censura estatal de ciertas acciones. Es decir que, si tal fuese el caso, no existen reparos morales en la existencia de dicha prohibición.

La versión más ampliamente aceptada y extendida del principio es la propuesta por Joel FEINBERG según la cual «es siempre una buena razón en apoyo de la legislación penal que probablemente sea eficaz para prevenir (eliminar, reducir) un daño a personas diferentes del actor (a quien se dirige la prohibición) y que probablemente no haya otra medida igualmente eficaz a un costo no mayor para otros valores» (FEINBERG, 1984: 26). En este trabajo, no se discutirá su plausibilidad en relación a posiciones rivales que adscriben a ideas populistas morales[2], perfeccionistas[3] o paternalistas[4]. El objeto de este trabajo es, meramente, discutir el concepto de daño implicado en el principio del daño.

En la discusión sobre el concepto de daño implicado en el principio del daño FEINBERG afirma que un rasgo distintivo de él es su carácter contra-fáctico. Tal requisito puede darse por cumplido cuando en una situación donde están presente dos sujetos, A y B, «un interés personal de B está en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo» (FEINBERG, 1994: 7). A las apro-

---

[1] Quizás la línea más famosa de *On Liberty*, sea la dedicada a presentar tal principio: «Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada en contra de su voluntad, es evitar que perjudique a los demás» [MILL, 1992 (1859): 65].

[2] El populismo moral sostiene que para que una acción esté censurada por el estado de modo justificado, sólo es necesario que exista un consenso social respecto de un determinado valor.

[3] Una posición es perfeccionista si la ley se utiliza como instrumento para inducir a los individuos a adoptar formas de vida moralmente dignas y a realizar ciertos ideales de perfección humana (NINO, 1980: 289)

[4] Para el paternalismo es legítimo utilizar la legislación para ayudar a las personas, aun en contra de su voluntad, a satisfacer lo que se supone que son sus propios planes de vida (NINO, 2013: 127)

ximaciones que utilizan este elemento para identificar al concepto de daño se las llama *tesis comparativa contra-fáctica del daño,* o simplemente TCC.

La TCC es ampliamente aceptada y da la respuesta correcta en la mayoría de los casos que es posible considerar. Si A le corta el brazo a B, de modo que el acto de A hace que B esté en una peor condición de la que estaría si A no le hubiese cortado el brazo, entonces A daña a B. Asimismo, permite explicar el daño ocasionado por ciertas acciones en determinados casos de responsabilidad hacia personas futuras[5]. Por ejemplo, imagínese a un sujeto A que coloca una bomba de relojería en un hospital maternal para que explote dentro de diez meses. Como esto es así, algunas de las personas que estén en el centro de salud cuando detone el artefacto aún no han sido siquiera concebidas. La bomba explota y como consecuencia muchos recién nacidos son heridos[6]. En este caso que involucra a personas futuras —dado que cuando se realiza la acción muchos de los afectados no han sido concebidos—, la TCC puede explicar el daño sufrido por los niños. Si A no hubiese colocado la bomba, los niños no habrían sido heridos y, por tanto, estarían en una mejor condición. El acto de A los ha dañado porque ha hecho que ellos estén en una peor condición de la que podrían haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo.

Sin embargo, la TCC encuentra serios problemas en otro tipo de casos de daños a personas futuras. Muestra de ellos son los conocidos ejemplos de PARFIT (1984)[7] referidos al problema de la no-identidad[8]. Problema así denominado por él, dado que, de acuerdo a cuál sea la acción que se realice, la identidad de la persona resultante será diferente. Imagínese el siguiente caso:

> (**Moni y Paola**): una mujer, Moni, decide concebir a un niño. Ella concurre al médico para realizarse un chequeo. El médico le dice a Moni que si concibe ahora, su hijo tendrá una discapacidad. Tal discapacidad tendrá un impacto negativo en la calidad de vida del niño, aunque sin embargo no es tan grave como para hacer de su vida una tan mala que no valga la pena ser vivida[9]. Supóngase, por ejemplo, que el niño quedará ciego a la edad de diez años. Sin embargo, el médico le comenta a Moni que puede prevenir tal discapacidad tomando una píldora todos los días durante los próximos dos meses. Si ella lo hace, y concibe dentro de dos meses, su hijo será perfectamente saludable. Moni piensa que tomar la píldora por dos meses es ligeramente inconveniente para ella, por lo que decide concebir ahora, y por tanto, sin haber tomado la medicación. Como resultado nace Paola quien queda ciega a la edad de diez años[10].

La mayoría de las personas[11] (aunque no todas)[12] piensa que la acción de Moni de concebir ahora es moralmente incorrecta. En este sentido, dado que Paola quedará

---

[5] Como ha hecho notar Samuel SHEFFLER debe distinguirse el término persona futura de generación futura. El segundo término hace referencia a un colectivo, en tanto que el primero a individuos («Why we Worry about Future Generations?», *Lecture* in the VI Meeting in Ethics and Political Philosophy, Braga, 8 de junio de 2015). En rigor, en este trabajo se harán consideraciones sobre personas futuras más que sobre generaciones futuras.

[6] He modificado el ejemplo de FEINBERG (1984: 97)

[7] Quizás los más famosos sean el de la joven de catorce años (PARFIT, 1984: 357) y el de la política arriesgada (PARFIT, 1984: 371).

[8] El problema ha sido descubierto casi simultáneamente por Derek PARFIT (1976), Robert ADAMS (1979) y Thomas SCHWARTZ (1979).

[9] Para quienes piensan que toda vida es una vida que vale la pena ser vivida, este segundo rasgo puede ser ignorado.

[10] He modificado el ejemplo de BOONIN (2014: 2).

[11] BROCK (1995); GOSSERIES (2008); REIMAN (2007); WOODWARD (1986 y 1987).

[12] BOONIN (2014: 188-192); Schwartz (1979: 185-186).

ciega a la edad de diez años debido a la acción de Moni, uno podría pensar que la incorrección moral de tal acción se deriva del hecho de que Paola ha sido dañada. ¿Es esto realmente así? Según la TCC, en el caso en cuestión, esto implicaría que el acto de concebir de Moni ha hecho que Paola esté en una peor condición de la que podría haber estado si Moni no hubiese actuado como lo hizo. Efectivamente, el acto de Moni ocasionó que Paola quede ciega a la edad de diez años. Pero, ¿la ha dañado? Si se somete el accionar de ella al test contra-fáctico utilizado por la TCC la respuesta es negativa. Paola no está en una peor condición de la que podría estar si Moni no hubiera actuado como lo hizo. Si Moni hubiese tomado la píldora durante dos meses y luego hubiese concebido, Paola no estaría en una mejor condición. Sencillamente no existiría[13].

Al observar este hecho, muchos han optado por pensar que la objeción moral que podría justificar una censura no puede apelar al daño implicado en el principio del daño[14]. En este trabajo se intentará analizar si una reformulación del concepto de daño implicado en el principio del daño puede explicar la objeción al obrar de Moni y justificar moralmente así la censura de tal clase de acciones.

El problema se puede presentar ayudándose del siguiente silogismo:

P1: Si el acto de A hace que B esté en una condición peor que en la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B.
P2: El acto de Moni de concebir ahora en lugar de tomar la píldora por dos meses antes de concebir no hace que Paola esté peor de lo que podría estar si Moni no hubiese actuado como lo hizo.
C: Por consiguiente, el acto de Moni no daña a Paola.

Para evitar la conclusión (C) o se debe rechazar P1 o se debe rechazar P2. Dado que cada persona surge de un óvulo y un espermatozoide concreto, y que al cabo de dos meses ni uno ni el otro serán el mismo, Paola no podría haber nacido sin su condición. Podría haber nacido, en su lugar, otro niño al que para propósitos ilustrativos se llamará Coki. Por consiguiente, P2 parece difícil de negar.

De modo que si lo que se quiere evitar es la CE en términos del daño a los seres futuros debe encontrarse una argumento que niegue la P1. Sin embargo, no cualquier negación de tal premisa será satisfactoria. Para ello, el argumento —siguiendo a Boonin— debe satisfacer tres requisitos: (1) *independencia*; (2) *robustez*, y (3) *modestia* (2014: 19-23). El fundamento de proponer estos requisitos está dado por encontrar la mejor conceptualización posible del daño implicado en el principio del daño que sea capaz de regular y orientar nuestras acciones. De esta manera la tesis que se proponga para resolver el problema debe ser aquella que, comparativamente con otras tesis competentes, aporte mejores resultados en la mayoría de los casos que sea posible considerar.

---

[13] Esto es así porque, independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se sostenga, lo cierto es que cada persona surge de un óvulo y un espermatozoide concreto. Como en el espacio de dos meses de concepción, no sólo el espermatozoide sino también el óvulo hubiese sido diferente, es cierto que la persona que —de hecho— fue concebida en otro momento temporal, nunca habría existido. Derek Parfit denomina a este argumento *Tesis de la Dependencia Temporal II:* si una persona particular no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que de hecho fue concebida, *de hecho,* nunca habría existido (1984: 355). Para quién no esté convencido con tal argumento, *vid.* con mayor detalle Parfit, (1984: 351-355) y Boonin (2014: 29-51).

[14] Feinberg (1988: 328); Hurley y Weinberg (2014: 1-24).

El requisito de la *independencia* (1), implica que la razón para rechazar la P1 debe ser independiente del hecho de que rechazar la P1 es lo que permite evitar la CE. Pareciera que la existencia de un solo caso donde un principio no pueda dar una respuesta satisfactoria no es suficiente para rechazarlo, si permite solucionar la mayoría de casos que otros principios que compiten con él no pueden. La idea detrás de este requisito es que el concepto de daño que se proponga sea superior al esquematizado en la premisa a rechazar. El requisito de la *robustez* (2) implica que la razón para rechazar P1 debe ser una buena razón para rechazar también la conclusión evitable (CE) por sí misma. Esto es importante porque muchas soluciones al problema de la no identidad sólo pueden funcionar a costa de solucionar alguna versión cualificada de él, y no la conclusión en sí misma. El objetivo de este requisito es que la tesis propuesta sea lo suficientemente buena como para poder evitar la conclusión a la que no se quiere llegar. Por último, el requisito de la *modestia* (3) implica que la razón para rechazar la CE no debe generar situaciones o problemas respecto de los cuales se tengan incluso más razones para evitar que las que se tienen para impedir la conclusión que queremos evitar. Si la tesis propuesta genera situaciones aún más contra-intuitivas que aquella presentada en la conclusión, entonces no será una buena tesis.

El análisis se realizará del siguiente modo. En primer lugar, se explorarán diferentes versiones de explicaciones de dañar a otro, basadas en estados. Estas explicaciones se denominan así porque para ellas dañar a otro es colocar a una persona en cierto tipo de estado o condición. De modo que el estatus de daño deriva de lo malo de ese estado final (HANSER, 2008: 421). Dentro de esta explicación se analizarán tanto las ventajas como las desventajas de diferentes tipos de posiciones comparativas y no comparativas. En segundo lugar, se explorará una solución que parece superar los defectos de las posiciones anteriores. Esta tesis se ha denominado como basada en eventos, dado que dañar a otro no implica colocar a la víctima en ninguna clase de estado final, sino en generar cierto tipo de evento. Esta posición aunque prometedora, encontrará ciertas objeciones. Por esta razón se intentará encontrar una conceptualización del concepto de daño implicado en el principio del daño que sea superadora de las anteriores. Finalmente, se analizará si la solución propuesta da cuenta de los tres requisitos exigidos —independencia, robustez y modestia— para resolver el problema de la no identidad.

1. DAÑAR A OTRO: APROXIMACIONES BASADAS EN ESTADOS

1.1. Comparativas

La tesis comparativa del daño más ampliamente defendida, como hemos dicho, es la *contra-fáctica (TCC):*

> TCC: Si el acto de A hace que B esté en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B.

En referencia al problema de la no-identidad, se ha visto en el ejemplo que, dado que la acción de Moni de concebir a Paola no la coloca en una peor condición de la que podría haber estado si Moni no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de Moni no daña a Paola. Este caso muestra que la TCC no puede explicar por qué se

piensa que en tal clase de actos se daña a otros. Sin embargo, uno podría argumentar que la TCC sólo falla cuando se aplica al problema de la no identidad. Que, en cambio, en el resto de los casos proporciona una buena explicación, tal y como lo muestran los casos —ya vistos— donde un sujeto le corta el brazo a otro, o aquel donde alguien coloca una bomba de relojería en un hospital maternal. Si esto fuera así, aunque existirían razones para rechazar la TCC, éstas serían más débiles dado que estarían fundadas sólo sobre la base de su imposibilidad para resolver el problema de la no-identidad. De tal manera, la pregunta a considerar es si la TCC puede resolver otras clases de casos.

Un rasgo característico de la TCC es que evalúa el daño sufrido por la víctima teniendo en cuenta su estado final global. Sólo habrá daño si la condición en la que está el sujeto pasivo luego de la acción del agente es peor «en el balance» (*on balance)* que su alternativa (FEINBERG, 1984: 98 y 1988: 26). Este rasgo es común en varios autores. PARFIT, por ejemplo apela a lo que él denomina tesis C6: «Un acto beneficia a alguien si su consecuencia es que alguien es beneficiado más. Un acto perjudica a alguien si su consecuencia es que alguien es dañado más» (PARFIT, 1984:69). Esta característica, aunque parece beneficiosa en alguna clase de casos, hace que la TCC encuentre problemas en ciertas situaciones que cualquier explicación de lo que significa dañar a otro debería poder solucionar:

> (**Los lingotes de oro**) Imagine a un personaje adinerado —Rodrigo— que vive en una isla. Él está ansioso por un proyecto: desea otorgar algo de su dinero a los vecinos de la isla adyacente. Desafortunadamente, por circunstancias históricas, no se permite a los miembros de la isla donde vive Rodrigo visitar a la otra. Por lo que, para implementar su proyecto, él decide rentar un avión y arrojar lingotes de oro mientras vuela, cada uno de los cuales tiene un valor de diez millones de pesos. Una persona, lamentablemente, es golpeada por un lingote. El impacto quiebra su brazo[15].

El hombre desafortunado puede curar su herida por mucho menos que diez millones de pesos. De modo que puede, por ejemplo, usar el resto del dinero para mejorar su casa o irse de viaje. A final de cuentas él está en una mejor posición de la que podría estar si Rodrigo no hubiese actuado como lo hizo. Si Rodrigo no hubiese sobrevolado la isla, ni arrojado los lingotes, uno de ellos no hubiese caído sobre su brazo, y él estaría peor. Siendo esto así, ¿ha sido dañado el personaje (des)afortunado? La TCC en la versión que se viene analizando debe responder de manera negativa a tal pregunta. Sin embargo, la intuición indica que Rodrigo ha dañado al personaje desafortunado. Si esto es lo que pensamos, no estamos forzados aún a abandonar las explicaciones comparativas contra-fácticas de dañar. La TCC puede ser reformulada:

> TCC2: Si el acto de A hace que B esté en algún aspecto en una peor condición, de lo que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B.

La palabra clave en TCC2 es «en algún aspecto». De esta forma uno podría sostener, de manera plausible, que Rodrigo ha dañado al personaje desafortunado cuando ha arrojado el lingote de oro que le quebró el brazo, dado que «en ese aspecto» lo ha dejado peor de lo que podría estar si el agente hubiese actuado de otro modo, por más que la víctima esté «en el balance» en una mejor condición luego del hecho. Si la

---

[15] He modificado levemente el ejemplo de SHIFFRIN (1999: 127).

TCC2 es correcta no hay obstáculos en afirmar que el personaje (des)afortunado ha sido dañado. Después de todo él está «en algún aspecto» en una peor condición de la que podría haber estado de otro modo.

Al igual que en el caso de los lingotes de oro, en el problema de la no-identidad una acción genera dos consecuencias en un ser. Una buena: esto es, haber nacido y tener una vida que vale la pena ser vivida. Y una consecuencia mala: tener una discapacidad. Este dato podría hacer pensar que la acción de Moni ha dañado a Paola dado que parece que en un aspecto ella está peor de lo que podría haber estado si Moni no hubiese actuado como lo hizo, por más que Paola, en el balance, esté mejor. Sin embargo, aunque no se tenga en cuenta la condición de Paola «en el balance», sino sólo en un aspecto de su ser, ella nunca podría haber estado, en ese aspecto, mejor de lo que está. Si Moni no hubiese concebido en el momento en que lo hizo, Paola no tendría el sentido de la vista, porque ella no existiría. Por tanto, conforme a la TCC2 tampoco ha sido dañada.

Sin embargo, como ya se ha afirmado, el problema de la no-identidad no puede ser el argumento decisivo para rechazar una tesis. Si así fuera, no se estaría cumpliendo con el requisito de la independencia. De modo que es necesario analizar otra serie de casos. La TCC2 (y la TCC también) encuentra dificultades a la hora de explicar ciertos casos de daños previos[16]:

> (**El matón y el usurero**) Supóngase que un criminal quiere robar la tienda de joyas de Joaquín. Dado que el robo será más fácil si Joaquín no está en la tienda, el criminal contrata al matón Ramiro para que le quiebre las piernas a Joaquín el día anterior al robo. Cuando el matón Ramiro llega a la casa de Joaquín, sin embargo, se encuentra con que el usurero local ya le ha roto las piernas a Joaquín[17].

La TCC2 (y la TCC) no puede explicar de manera convincente el daño sufrido por Joaquín. Tampoco, por tanto, que el usurero lo ha dañado. Según la TCC2: si el acto de A hace que B esté en algún aspecto en una peor condición, de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B. En el caso en cuestión, por tanto, siguiendo la TCC2 se debería concluir que nadie ha dañado a Joaquín. Si el usurero no le hubiese roto las piernas, Ramiro lo hubiese hecho. De modo que el acto del usurero no hace que Joaquín esté en algún aspecto en una peor condición de la que de otro modo podría haber estado. El mismo razonamiento se aplica al análisis del matón Ramiro. Ésta es otra razón para rechazar la TCC2 (y la TCC).

La TCC2 (y la TCC) también encuentra problemas cuando existe, en el mismo aspecto del sujeto pasivo, una diferencia temporal entre los efectos positivos y negativos de una acción. Imagínese el siguiente caso:

---

[16] Se llaman daños previos porque su ocurrencia es previa a la de un daño equivalente. Estos casos suelen conocerse como situaciones de sobre-determinación pero, como reconoce HANSER, esta denominación no es del todo correcta ya que algo está sobre-determinado si es el resultado de la operación conjunta de dos o más causas, cada una de las cuales ha sido condición suficiente para la producción del evento por su propia cuenta (HANSER, 2008: 436). En la literatura penal continental se llama a la primer clase de casos como de cursos causales hipotéticos, en tanto que los segundos como de cursos causales alternativos. En los casos de sobre-determinación, creo que la única solución es entender a las diferentes acciones de las personas como condiciones suficientes y no como condiciones necesarias. De modo que si se constata un determinado resultado cualquiera que haya puesto una condición suficiente para que ocurra lo habrá causado (*vid.* PARFIT, 1988: 18).

[17] He modificado ligeramente el ejemplo de HANSER (2008: 434).

(**El Murciélago Negro**) Tony es atacado con ácido por Snate y queda ciego. Un cirujano realiza un trasplante de corneas en Tony. Cuatro meses más tarde le retiran las vendas y Tony descubre que no sólo puede volver a ver normalmente, sino que además puede ver en plena oscuridad. De esta manera Tony está luego de un tiempo mucho mejor de lo que estaba incluso antes de que le hayan arrojado ácido[18].

Una aproximación como TCC2 debería afirmar que Tony no ha sido dañado ya que no está, a final de cuentas, peor en un aspecto de lo que estaría de otro modo. Un resultado similar se alcanza desde la TCC dado que Snate estará «en el balance» mejor. Tales conclusiones parecen implausibles. Esto es una nueva razón para rechazar a ambas versiones de TCC.

Existen otras situaciones donde las explicaciones contra-fácticas tienen dificultades para dar una respuesta satisfactoria. Cuando alguien muere a consecuencia de la acción de otro, no hay ningún nivel de bienestar (o de lo que sea que haga que una vida valga la pena ser vivida) para el sujeto que muere que sea menor de lo que sería de otro modo. Si el estatus de daño deriva de lo malo del estado en el que se está, el estado de «estar muerto» no tiene valor para la persona: ni positivo, ni negativo, ni neutral (HANSER, 2008: 437). Desde que esto es así, entonces, no hay posibilidad de hacer comparación posible y, por tanto, resulta difícil explicar el daño en estas situaciones.

Después de lo expuesto, parece que la TCC en cualquiera de sus dos versiones debe ser rechazada. ¿Es esto una buena noticia para resolver el problema de la no identidad? Recuérdese que en el caso de Moni, la premisa a negar es P1[19]. P1 es lo que implica (aproximadamente) cualquier versión de la TCC. Como cualquier versión de la TCC es falsa, P1 debe ser falsa, pero ¿es lo suficientemente falsa como para hacer desaparecer el problema de la no identidad? Si la respuesta es negativa no se habrá podido evitar la conclusión que queremos evitar, dado que el argumento no es tan robusto como para negarla por sí misma. La única manera de cumplir con tal requisito sería encontrar algún sustituto para P1 que implique que el acto de Moni daña a Paola. Dentro de las explicaciones de dañar a otro fundadas en estados, las posibilidades parecen ser dos: o bien se reemplaza la línea de base sobre la cual se realiza la comparación[20]; o bien se abandona la explicación comparativa.

La primera alternativa no parece muy prometedora. Se han propuesto dos líneas de base diferentes respecto de las cuales hacer la comparación. De acuerdo a la primera, si el acto de alguien hace que otro esté en una condición que es peor a la que estaba antes, entonces ese acto lo ha dañado. Esta tesis, seguida (parcialmente) por importantes filósofos[21] no puede explicar por qué Moni daña a Paola, sencillamente porque Paola no está antes de la acción de Moni en ninguna condición, y por tanto no existe condición que pueda empeorar. Piénsese por ejemplo que, todo lo demás igual, Paola en vez de perder la vista a la edad de diez años, ella nace ya en esa condición

[18] He modificado el ejemplo de HANSER (2008: 424).

[19] P1: Si el acto de A hace que B esté en una condición peor que en la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B.

[20] Lo que suele conocerse como el *problema de la línea de base del daño* (PETERSEN, 2014: 3).

[21] Joseph RAZ sostiene «uno daña a otro cuando la acción de alguien hace que las personas estén peor de lo que estaban antes, o de lo que tienen derecho a estar, de modo que afecte a su bienestar futuro» (1986: 414). Un argumento similar puede verse en RAZ (1987: 329).

(ciega). Dado que ella nace en esa condición, y por tanto no empeora, no parece que esta clase de tesis pueda explicar de manera satisfactoria el daño sufrido por Paola. Del mismo modo, tales clases de tesis tienen inconvenientes en todos aquellos casos no atravesados por el problema de la no-identidad donde el sujeto que se afecta no está peor luego de la acción del agente[22], o en aquellos en los que está peor, pero mejor de lo que estaría de otro modo[23].

La segunda forma de reformular la línea de base ha sido denominada como *maximizadora.* De acuerdo a esta aproximación, «un acto daña a una persona, si tal acto crea menos bienestar para esa persona, cuando el agente —o grupo de agentes— tenía la alternativa de crear más» (ROBERTS, 2009: 203). Supóngase que una persona le dispara a otra en el brazo en lugar de hacerlo en el corazón. Pareciera que conforma a cualquier versión de la TCC, el agente no ha dañado a la víctima, dado que si no hubiese actuado como lo hizo, la víctima estaría peor. En cambio, si se sigue una aproximación maximizadora es posible explicar por qué el agente ha dañado a la víctima. Esto es así porque para aquel existe un curso de acción disponible donde produciría que la víctima se encuentre en una mejor condición que lo que estaría en aquellas que tuvo en cuenta[24].

Aunque esta idea parezca plausible, aún requiere ciertas precisiones. En primer lugar, obviamente, para evaluar los cursos de acción disponibles se deben eliminar aquellos cursos de acción que sean inaccesibles para el agente al tiempo de actuar, ya sea porque estén bloqueados por alguna ley de la naturaleza, o por actos de otras personas que escapen a su control (ROBERTS, 2007: 277). Nadie puede ser responsable por el daño que alguien sufre cuando un rayo en una tormenta lo ha matado. Incluso si el agente, como en el conocido ejemplo, ha enviado a su tío rico a caminar por el bosque durante una tormenta con la esperanza de que un rayo caiga sobre él, para heredarlo. En segundo lugar, para evaluar el daño no sólo deben tenerse en cuenta las restricciones naturales o aquellas derivadas de los actos de otros, sino también las epistémicas. El entendimiento del daño de esta manera requiere que el agente realice un cálculo de probabilidades respecto de las consecuencias de las diferentes opciones que tiene para actuar. Esta tesis parece prometedora pero tiene un defecto: confunde dos aspectos involucrados en la temática: el concepto de daño y el de reproche por el daño causado. El análisis de ROBERTS es una buena explicación —aunque requiere ciertos ajustes— de cuándo uno debe ser responsable por algún acto, no respecto de lo que significa dañar a otro. Pero un análisis de este asunto escapa a los límites de este trabajo[25].

---

[22] Un caso de tal tipo sería el siguiente: (Paraplejia genética) Supóngase que Marcela, una especialista en genética es doctora en una clínica de fertilidad. Ella fecunda cierto óvulo O con el Esperma E, de manera que cuando sea implantado, el resultado será que una persona tendrá paraplejia genética, es decir el estado que consiste en estar genéticamente programado para nacer parapléjico.

[23] Por ejemplo, en: (El Parquímetro) El parquímetro donde el automóvil de Pablo está estacionado ha expirado y el oficial de policía está por descubrirlo. Si él lo hace, le impondrá una multa por 50$. Justo antes de que el oficial de tráfico descubriera la infracción de Pablo, una amiga suya —Romina— que se encontraba caminando por el lugar ve la situación. Romina no tiene dinero en su billetera, pero observa que Pablo ha dejado la puerta abierta y que tiene unas monedas sobre el asiento. Ella toma dos pesos de su auto y lo coloca en el parquímetro. Como resultado, Pablo tiene dos pesos menos en su auto, y no tiene que pagar la multa de $50.

[24] Esta tesis podría ser sintetizada así: si el acto de A hace que B esté en una condición que es peor que aquélla en la que A lo podría haber colocado, entonces A daña a B.

[25] Para un análisis detallado de ésta y otras tesis comparativas *vid.* S. TRUCCONE BORGOGNO, «Entre la Utilidad y el Daño: el problema de la no-identidad», *Tèlos: Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* (en revisión).

Luego de este análisis, parece que ninguna aproximación comparativa puede dar una respuesta satisfactoria al problema de la no-identidad. La razón sería que —en nuestro ejemplo— Paola no puede estar peor que ninguna línea de base posible.

1.2. No comparativas

La segunda alternativa, entonces, es abandonar las tesis comparativas y pasar a las no-comparativas. En líneas generales, las tesis no comparativas consideran que se ha dañado a alguien cuando se causa que una persona esté en un estado malo (*bad*) (o tenga una condición mala). La idea es que existen ciertos estados que tienen determinadas propiedades que son intrínsecamente malas. Así, cualquier persona que estuviera en tales estados estaría sufriendo un daño. Por tanto, cualquiera que cause que otro esté en un estado tal que signifique que está sufriendo un daño, lo habrá dañado. Por ejemplo, el hecho de tener un brazo cortado es algo malo. Así, cualquiera que esté en ese estado, según esta tesis, estaría sufriendo un daño. De manera que cualquiera que haya causado que la «víctima» esté en ese estado habrá dañado. Del mismo modo, ser ciego es un estado que tiene propiedades intrínsecamente malas. SI alguien está en ese estado, estará sufriendo un daño. De modo que si alguien ha causado que otro esté en ese estado, lo habría dañado. La *tesis no comparativa de dañar*, o simplemente TNC, podría sintetizarse como sigue:

TNC: Si el acto de A causa que B esté en un estado malo, entonces A daña a B.

La ventaja de esta clase de aproximaciones, frente a las comparativas, es que alcanza con afirmar que alguien ha colocado a otra persona en un estado malo para decir que la ha dañado. De tal manera, los problemas presentados por las tesis comparativas respecto de —por ejemplo— los daños previos o la diferencia temporal en los efectos positivos y negativos de una acción, aquí no tendrían lugar. En el primero de los casos, que se ha ejemplificado con «el matón y el usurero local», las tesis contra-fácticas no podían dar una respuesta totalmente satisfactoria, debido a que la víctima quedaba en el mismo estado final, tanto si el usurero le quebraba la pierna a la víctima o no. Las tesis no-comparativas, por su parte, no encuentran inconvenientes en esta clase de casos ya que, para ellas, dañar a otro consiste en colocar a la víctima en un estado malo (no-comparativo y absoluto). Si esto es así, el usurero que quiebra las piernas de la víctima, la daña porque la coloca en ese estado malo. Sin importar si hubiese estado en esa condición de todos modos.

Las tesis no-comparativas también pueden resolver casos como el del *Murciélago Negro,* donde un evento coloca a un sujeto en un aspecto peor por un tiempo, pero luego la víctima está mucho mejor que incluso antes, en ese mismo aspecto. Las tesis no comparativas sólo necesitan afirmar que el agente ha colocado a otra persona en un estado con propiedades intrínsecamente malas. Como la víctima está, en un momento, en un estado de esa naturaleza, entonces ella habrá sufrido un daño. Cualquiera que haya causado ese estado de cosas en un sujeto, lo habrá dañado. Como las TNC pueden resolver gran cantidad de casos que las tesis comparativas encuentran dificultosos, son candidatas a ser superiores y —por tanto— a resolver el problema de la no-identidad.

Sin embargo, esta clase de tesis, también encuentra algunos inconvenientes en distintas clases de casos. Les es muy dificultoso explicar por qué la muerte es un daño para alguien. Según las construcciones no-comparativas, sufrir un daño es estar en un estado malo —es haber sido colocado en un estado de cosas que es malo para el que lo sufre—. Ahora bien, si lo malo deriva del estado en el que se está, dado que «estar muerto» no es ni bueno, ni malo, ni neutral, es difícil observar cómo esta clase de tesis puede acomodarse en tales casos. Parece que, por tanto, según las TNC estar muerto no es sufrir un daño. Si esto es así, no parece posible sostener que causar que alguien esté en un estado que no implica sufrir daño, ha causado un daño.

Otro inconveniente para las TNC tiene lugar en situaciones donde determinada acción hace que las personas estén peor de lo que estarían de otro modo, pero en estados que no tienen ninguna propiedad intrínsecamente mala. Imagínese el siguiente caso:

> (**El ganador del premio Rolf Schock**): Tim ha golpeado en la cabeza a Derek, ganador del premio Rolf Schock en filosofía y lógica. Como resultado, Derek tiene ahora una inteligencia promedio y sus trabajos académicos han bajado de nivel[26].

¿Ha dañado Tim a Derek? La respuesta parece ser positiva. Sin embargo, hacer tal afirmación es sumamente dificultoso a partir de las tesis no-comparativas. Un estado donde se tenga una inteligencia promedio no parece tener alguna propiedad intrínsecamente mala. Si esto es así, la pregunta es ¿por qué colocar a alguien en un estado que no tiene propiedades intrínsecamente malas (es decir, un estado que no implica sufrir un daño) es dañarla? Las tesis no comparativas encuentran serias dificultades a la hora de resolver esta clase de casos. Derek no está en ningún estado no-comparativamente malo. Y, por tanto, desde esta tesis no puede ser un daño colocarlo en ese estado.

Aunque esto sea así, ciertas versiones no comparativas de la tesis del daño, como la de SHIFFRIN (1999 y 2012) pueden resolver el caso bajo análisis. Según su posición, si el acto de A hace que B esté en un estado en el cual B no querría racionalmente estar, entonces A daña a B. La idea detrás de esta tesis es que para saber si alguien sufre un daño, debemos preguntarnos si él consentiría en que le ocurra lo que le paso. Siendo esto así, parece que Derek no podría consentir en tener una inteligencia promedio, de modo que —entonces— Tim habría dañado a Derek. Sin embargo, esta solución paga el precio de generar un nuevo problema. Esto es, no poder explicar situaciones donde los sujetos pierden ciertos bienes y ellos no se oponen a tal situación (HANSER, 2008: 432). Imagínese que el golpe que Tim le propina a Derek, en lugar de dejarlo con poderes intelectuales promedio, hace que olvide su vida pasada, y habiéndola olvidado él está feliz porque ha incrementado su trabajo intelectual (THOMSON, 2011: 440). Si nos preguntamos si Derek consentiría lo sucedido, la respuesta parece ser positiva, Derek no se opone a lo que le sucedió. Sin embargo, parece que él, dado que recibió un golpe en la cabeza y olvido su vida pasada, está en un estado no-comparativamente malo, y por tanto ha sido dañado. Para resolver este caso, SHIFFRIN debería abandonar el entendimiento de sufrir un daño como de estar en estados en los que no se querría

[26] He modificado el ejemplo de HANSER (2008: 432).

racionalmente estar. Pero si esto es así, no podría explicar por qué Derek ha sido dañado en el primer caso.

Existe una dificultad más general en referencia a las tesis no-comparativas del daño. El problema está dado por encontrar un criterio que pueda unificar o al menos identificar a diferentes estados a los que llamamos daño. Tales tesis, a excepción de la propuesta de SHIFFRIN, parecen dejar librado a la intuición qué clase de estados deben considerarse como malos. Algunos hablan de umbral de normalidad (RIVERA LÓPEZ, 2011: 100), otros simplemente enumeran ciertos estados malos tales como la enfermedad, la deformidad, una discapacidad, molestia física o la muerte (HARMAN, 2009: 139). Si tal tesis ha de convencernos para que sea utilizada en cuestiones prácticas, debería decir más respecto de ese punto.

Asimismo, todas esas posiciones, incluyendo la de SHIFFRIN, se encuentran con el siguiente problema, que ha sido puntualizado por A. SMAJDOR (2014: 6). Si se asume que los estados en los cuales pueden estar las personas van de digamos 1 a 1.000 puntos, donde cada punto representa una unidad de sufrimiento, siendo 1000 la muerte. Uno podría suponer que el umbral el daño puede estar marcado por los 800 puntos. Supóngase que alguien realiza una acción que tiene consecuencias en tres personas diferentes. En la persona A la coloca en un estado de 800 puntos; a la persona B en un estado de 799 puntos y a la persona C en un estado de 1 punto. De acuerdo a las tesis no-comparativas sólo A ha sido dañada, por más que la diferencia con B es imperceptible. Del mismo modo, si se compara B con C parece que la diferencia es enorme. Sin embargo, tal tesis debe afirmar que B no ha sido dañada. Esto parece implausible. Algunos autores responden a esta objeción afirmando que podrían entenderse a los estados malos o al umbral no como una línea, sino como un espacio, de manera que se permita cierto margen de variación (RIVERA LÓPEZ, 2011: 119). Esta réplica le quita fuerza a la objeción, aunque —creo—, no la elimina completamente. Llegará algún punto en el cual el espacio no puede «ensancharse» más, y se replicará el inconveniente.

Dadas las dificultades de las tesis no-comparativas, parece que no han demostrado ser superiores a las comparativas. Sin embargo, tampoco han quedado en desventaja respecto de aquellas, ya que pueden resolver algunos casos que las comparativas no. De modo que, hasta el momento no hay razones para preferir a una sobre la otra. Lo único que se sabe es que las dos tienen problemas en diferentes clases de casos. Por tal razón, aunque no sea una explicación completa de lo que implica dañar a otro, tal vez pueda resolver el problema de la no-identidad.

Conforme a las TNC parece posible explicar por qué el acto de Moni daña a Paola. Esto es así porque desde que ser ciego es estar en un estado malo y Paola es ciega, dado que Moni causó tal estado, entonces, ella la ha dañado. Sin embargo, existen ciertos inconvenientes vinculados a esta aproximación para explicar por qué Moni ha dañado a Paola. El problema surge al comparar tal caso con aquellos donde el agente causa que alguien esté en un estado malo, pero no tan malo como el estado en el que podría haber estado si el acto no se hubiese realizado:

> (**El cirujano**) Has tenido un grave accidente que te deja inconsciente. Tan grave que si un cirujano no realiza un procedimiento extremo, morirás. Por tanto, el cirujano amputa

tu brazo porque es la única manera de salvar tu vida. Lo que el cirujano hace es mejor que cualquier posible alternativa. ¿Te ha dañado al amputar tu brazo?[27].

Un defensor de la tesis no-comparativa debería mostrar cómo es posible defender la afirmación de que el médico no te ha dañado, a la vez que la acción de Moni de concebir a Paola la ha dañado a pesar del hecho de que, en ambos casos el agente hace que el sujeto pasivo de la acción no esté peor de lo que podría haber estado de otro modo. Después de todo parece que, como afirma McMahan «si es incorrecto causar que alguien exista con una condición X, entonces debería también ser incorrecto salvar la vida de alguien si el único medio para hacerlo causaría también que la persona tenga una condición X» (1998: 224).

Se han hecho varios intentos en orden a responder a tal pregunta. Los dos más relevantes han sido proporcionados por Elizabeth Harman (2004 y 2009)[28] y Seana Shiffrin (1999 y 2012)[29]. En otro lugar he explicado con detalle por qué ellos están condenados al fracaso[30]. Sin embargo, a los fines que aquí interesan basta con apuntar que ambas propuestas tropiezan con una, creo, crítica devastadora. Si el concepto de daño tiene algún sentido, es porque a través de él se pretende proteger a la persona que lo sufre de determinada afectación negativa. La función de calificar a diferentes estados como «malos», porque tienen características intrínsecamente malas, es crear una barrera que deje a las personas en estados diferentes a ellos. Sin embargo, en los casos atravesados por el problema de la no identidad, pareciera que tales estados cumplen una función inversa. La calificación de determinado estado como malo, no hace que la persona que se quería proteger esté mejor que ese estado malo (o esté en un estado bueno), sino sencillamente no exista[31].

1.3. Una aproximación combinada

Dado que tanto las tesis comparativas como las no-comparativas tienen problemas en distintas clases de casos, tal vez la solución sea optar por una tesis combinada. Después de todo, parece que las personas a la hora de identificar un daño, tienen intuiciones comparativas en determinados casos y en otros, intuiciones de tipo no comparativo. Una propuesta de este tipo es la llamada *tesis combinada,* propuesta por Lukas Meyer (2003, 2009 y 2015) Su propuesta comienza con una afirmación de tipo

---

[27] He modificado el ejemplo de Parfit (1986: 855).

[28] «Una acción daña a alguien si la acción causa dolor, muerte prematura, daño corporal, disconformidad incluso si ella no hubiese existido si la acción no se hubiese realizado» (Harman, 2004: 92).

[29] «Daño implica condiciones que generan una brecha [*chasm*] o conflicto importante entre la voluntad y la experiencia de uno, la propia vida entendida en términos más generales, o las circunstancias de cada uno» (Shiffrin, 1999: 123).

[30] *Vid.* S. Truccone Borgogno, «¿Puede el no-comparativismo resolver el problema de la no-identidad?», *Daimon: revista internacional de filosofía* (en edición).

[31] Jeff McMahan utiliza un argumento similar para descartar las soluciones al problema de la no identidad que apelan a los derechos de las personas a las que los actos afectan. La respuesta anclada en la violación de derechos parece no prestarle demasiada atención a que la persona cuyos derechos han sido violados sólo puede existir, de hecho, en un estado en el cual sus derechos han sido violados (McMahan, 1981: 125). Con todo, aún si este argumento fallase, habría que encontrar otro que explique por qué sería objetable causar que un niño nazca con estados malos, cuando esa era su única alternativa y a la vez tiene una vida que vale la pena ser vivida, algo que puede catalogarse como estado bueno (McMahan, 1998: 216).

no-comparativo. De acuerdo a ella «una acción daña a una persona si a consecuencia de tal acción la persona cae por debajo de un umbral normativamente definido» (MEYER y ROSER, 2009: 228). Tal entendimiento no es afectado por el problema de la no-identidad dado que para encontrar daño no se requiere una comparación hipotética con la situación que hubiese ocurrido en ausencia de la acción dañina. La idea general detrás de la interpretación del umbral del daño es que se tiene el deber general de no causar que las personas estén en una peor condición que aquella en la que *deberían estar* (MEYER y ROSER, 2009: 229). La tesis del umbral puede ser resumida como sigue: si el acto de A hace que B caiga debajo de un umbral específico, entonces A daña a B.

Si, por ejemplo, el umbral está marcado por tener un sentido de la vista normal, esta tesis implica que, dado que Moni al concebir a Paola hizo que ella sea ciega, desde que ser ciega cae debajo del umbral, Moni ha dañado a Paola. Como se observa, hasta aquí, esta aproximación es esencialmente no-comparativa y, por tanto parece quedar sujeta a las mismas objeciones que aquellas. De modo que si pretende ser superadora, debería dar una razón diferente a las ya analizadas a los fines de resolver los inconvenientes que se le pueden presentar. El primer problema, como ya se ha puntualizado en otra parte de trabajo, está dado porque tal tesis parece sobre-inclusiva. Es decir que considera como daños a situaciones que no deberían serlo. Si causar un daño es colocar a alguien por debajo de cierto umbral, entonces un médico que mejora la condición de un paciente pero lo deja por debajo de él, lo ha dañado. Esto parece implausible. Sin embargo, MEYER sostiene que, en este caso, el médico no puede evitar dañar a su paciente: haga lo que haga lo dejará por debajo del umbral. Si esto es así, no tiene sentido afirmar que en ese caso existe una obligación de no causar que la persona quede por debajo de cierto umbral, esto es de causar daño. A nadie se le puede exigir que haga aquello que está fuera de sus posibilidades. Sin embargo, sí se les puede exigir que hagan aquello que menor cantidad de daño produzca (MEYER, 2003: 153), es decir, que uno impida que alguien esté en una condición peor por debajo del estándar: si no lo hace, habrá dañado más al sujeto pasivo. Esta respuesta parece satisfactoria, sin embargo, se puede objetar que tal afirmación no está implicada en la tesis del umbral, sino en aproximaciones comparativas. Cuando el autor afirma que existe la obligación de «minimizar el daño» parece utilizar no un concepto no comparativo sino uno comparativo. Si esta tesis ha de convencernos habría que dar una razón para justificar este cambio en el seno de la misma posición.

La segunda objeción a la tesis es que es infra-inclusiva. El caso del ganador del Premio Rolf-Schock ejemplificaba este punto. Si alguien está peor de lo que estaría de otro modo, pero todavía por arriba del umbral, parece que de todos modos ha sido dañado. Aquí, otra vez, una aproximación comparativa da la respuesta correcta en detrimento de la que venimos analizando. Una defensa de esta tesis, nuevamente, puede apelar a la obligación de dejar a la persona a quienes las consecuencias afectan lo más lejos posible del umbral. Parece que, entonces tanto las nociones no comparativas como las comparativas deben tener lugar en nuestro concepto de daño. Si esto es así debería adoptarse una tesis combinada[32], o TComb (MEYER, 2003: 154-155). De acuerdo con ella:

[32] Jeff MCMAHAN, por ejemplo, también considera que es inevitable apoyar una aproximación pluralista o combinada del daño que involucre tanto aspectos comparativos como no-comparativos (MCMAHAN,

TComb: Si A realiza un acto que o

(1) causa que B caiga por debajo de cierto umbral y, si no es posible evitar causar daño en ese sentido, A no minimiza el daño en B; o

(2) causa que B esté peor de lo que estaría si A no hubiese actuado como lo hizo entonces A daña a B.

Pareciera que esta tesis podría resolver toda clase de casos que se puedan presentar. Sin embargo, más allá de esa consecuencia plausible, no se han dado demasiados argumentos para afirmar que adoptar tal conceptualización del daño está justificado. Parece que sería necesaria alguna razón que explique por qué la misma tesis se maneja con dos nociones diferentes de daño. Adicionalmente, el problema con esta aproximación es que, en primer lugar, parece que sólo necesita del umbral para explicar el daño que Moni le causa a Paola, en tanto que para todo otro posible caso utiliza una explicación comparativa. Si esto es así, entonces, no se habría cumplido con el requisito de la independencia. Segundo, aún si este argumento no es contundente. Parece que ni siquiera con la combinación propuesta puede resolverse el problema de la no identidad. Si para tal caso se afirma que alguien ha sido dañado cuando ha sido colocado por debajo de cierto umbral, nuevamente, pareciera que el umbral cumple una función inversa a la que persigue. La idea del umbral es proteger a las personas afectadas por nuestros actos. En el caso de Moni y Paola, el umbral no protege a Paola. Su existencia no hace que ella esté por encima de él, sino que —sencillamente— no exista.

Tercero, dado que se intenta encontrar una tesis del daño que pueda cumplir funciones prácticas, debería poder explicitarse cómo se conforma el umbral, es decir qué es aquello que las personas *deberían* tener y, en ausencia de lo cual, se puede sostener que han sido dañadas (SMAJDOR, 2014: 14). Asimismo, si para identificar al daño implicado en el principio del daño se debe conocer lo que las personas tienen derecho a tener, entonces la discusión relevante ya no sería en términos del principio del daño, sino en términos de una teoría de la justicia. Es decir, ¿cuál sería el valor del daño si lo que tal concepto pretende resolver ya lo ha hecho una teoría de la justicia? Algunos autores han criticado a los defensores de ciertas versiones del principio del daño por implicar tal conclusión (HOLTUNG, 2002: 385). Prueba de ello es que el mismo MEYER, al momento de tener que especificar el umbral, discute la formulación que de él puede hacerse desde concepciones suficientaristas, igualitaristas o prioritaristas (MEYER, 2015: 13-17). Si esto es así, entonces, el daño y el principio del daño no aportan ninguna razón extra a las que se pueden extraer de la discusión sobre la teoría de la justicia, de manera tal que la polémica sobre el concepto de daño en orden a defender el principio del daño no tendría demasiado sentido. Finalmente, dado que TComb es una teoría basada en estados, tampoco podría explicar por qué la muerte es un daño.

2. DAÑAR A OTRO: APROXIMACIÓN BASADA EN EVENTOS

Una alternativa interesante a las tesis que se acaban de analizar es la propuesta por Matthew HANSER. El autor observa, al igual que los partidarios de las tesis com-

---

2012: 4). Sin embargo, más allá de esta afirmación y la ejemplificación de diferentes casos donde alternativamente uno u otra posibilidad funcionan, no da demasiados argumentos.

binadas, que las personas tienen en algunos casos intuiciones comparativas a la hora de afirmar por qué alguien ha sufrido un daño, en tanto que en otros casos parece que con el sólo hecho de que el sujeto esté en un estado malo, es suficiente para afirmar que él sufre un daño. HANSER cree que lo que fundamenta esta clase de intuiciones contradictorias es que cuando las personas piensan en el daño, en realidad no están haciendo referencia al estado final en el que están, sino a eventos que les suceden. El rasgo distintivo de esta explicación es que es una aproximación basada en eventos y no, como las anteriores, una basada en estados. Con arreglo a las tesis basadas en eventos, dañar a otro no implica colocar a la víctima en ninguna clase de estado final, sino en generar cierto tipo de evento. Sufrir un daño, por tanto, será ser objeto de un tipo de evento, independientemente de la maldad o bondad de cualquier estado resultante en que se encuentre la persona que lo sufre (HANSER, 2008: 440).

El argumento de HANSER puede ser reconstruido como sigue. En primer lugar, el autor distingue claramente dos conceptos: sufrir un daño y causar un daño. De esa manera es posible analizar la noción «daño» en dos pasos. Uno de ellos es identificar lo que implica dañar (o causar daño); el otro es explicar cuándo alguien sufre un daño.

Paso uno: A daña a B actuando en cierto sentido si y sólo si A actuando en tal modo queda en una relación R con algún daño sufrido por B.
Paso dos: B sufre un daño si y sólo si ____ (HANSER, 2009: 181).

De esta manera, la reconstrucción del argumento de HANSER debe hacerse también en dos pasos. Se debe tratar de explicar qué significa dañar a otro; y qué significa que alguien ha sufrido un daño. Se comenzará con la explicación de lo que significa sufrir un daño. El autor inicia describiendo la noción de «bien básico». Para él, un bien no es un estado o condición en la que sería bueno estar, sino es algo que es bueno *tener*. «Bienes básicos» serán aquellos cuya posesión hace posible alcanzar una amplia variedad de componentes potenciales de una vida razonablemente feliz (HANSER, 2008: 440). Podría afirmarse que un bien básico es aquello que es necesario para que cada quien pueda gobernar su vida de acuerdo a sus propias decisiones. El sentido de la vista, por ejemplo, puede ser catalogado como un bien básico, de modo que cualquiera que lo pierda estará sufriendo un daño. Así, (1) «Alguien sufre un daño de nivel-1 respecto de cierto bien básico sólo si pierde alguna cantidad de tal bien» (HANSER, 2008: 441). Uno podría decir que si Juan dispara en el brazo a Pedro, de modo que este último tiene su brazo inutilizado por un mes, entonces Pedro ha sufrido un daño de nivel-1 porque ha perdido cierta cantidad del «bien básico» integridad física.

Sin embargo, como el mismo autor puntualiza, no todos los daños consisten en pérdidas de bienes básicos. Si una persona mata al cirujano que iba a devolverle la vista a José, este último ha sido dañado por no recibir ese beneficio. Este daño pertenece a la categoría de los llamados *daños preventivos,* los cuales consisten en haber impedido que alguien reciba cierta clase de beneficio. Dado que no toda vez que uno sea impedido de recibir un beneficio ha sido dañado, entonces los daños preventivos deben derivar de los daños de nivel-1. En términos de HANSER: (2) «alguien sufre un nivel de daño (n +1) respecto de cierto bien básico si y sólo si se ha visto impedido de recibir un nivel-n de beneficio respecto de un bien básico» (2008: 442) Por tanto (3) «alguien sufre un daño si y sólo si él sufre un daño de algún nivel respecto de un bien básico» (2008: 442). De modo que sufrir un daño implica, o (1) que alguien pierde cierta can-

tidad de un bien básico; o (2) que a alguien se le haya impedido de adquirir cierta cantidad de un bien básico. Así, cualquiera a quien le haya ocurrido un evento que haya ocasionado en él esta consecuencia habrá sufrido un daño, independientemente de cuál sea su estado resultante.

El segundo aspecto a analizar es, la noción «A daña a B». El centro de la atención deberá estar en qué es lo que significa estar en una relación R respecto del daño sufrido por alguien. Para esta posición estar en una relación R respecto del daño sufrido por un sujeto implica haber realizado una acción que causó el evento que hice que la víctima sufra un daño (HANSER, 2009: 185). Así, si sufrir un daño es haber sido objeto de cierto tipo de evento, y dañar a alguien es estar en una relación R respecto del daño sufrido por alguien, entonces dañar a alguien es haber realizado una acción que causo el evento que produjo el daño en ese sujeto. En suma, la *tesis basada en eventos,* o TBEv:

> TBEv: si el acto de A produce un evento que hace que B pierda o se vea impedido de adquirir cierta cantidad de algún bien básico, entonces A daña a B.

La ventaja de la tesis de HANSER respecto de las aproximaciones basadas en estados es que no requiere analizar el estado final de la víctima para saber si ha sufrido o no un daño. Por tanto, tal vez pueda resolver los problemas que tenían tanto unas como otras tesis. Respecto de los problemas que suscitan las tesis comparativas, la TBEv pude evitarlos. En los daños previos, la TBEv da la respuesta correcta. Así, en el caso del matón y el usurero, el dueño de la tienda, que ha visto sus piernas rotas, ha perdido cierta cantidad de un bien básico. Cualquiera que haya causado el evento que lo generó, lo habrá dañado. Independientemente de si su estado final hubiese podido ser el mismo —o mejor o peor— por otra vía.

Respecto de la muerte, en general, la TBEv también da —en principio—la respuesta correcta. Morir es un daño, porque se pierde cierta cantidad de un bien básico. Dado que el estatus de daño deriva del evento que se sufre y no de lo malo del estado en el que se está, no importa qué clase de estado es la muerte —si es bueno, malo o neutral—. Sin embargo, el problema con esta afirmación es que morir no parece ser siempre algo malo. Si la vida sería aún peor, morir puede ser considerado un beneficio[33]. La TBEv de HANSER parece no permitir hacer esta afirmación. Sin embargo, el autor da cuenta de este aspecto y afirma que la TBEv debe distinguir dos clases de escenarios. El primero sería aquel donde los poderes vitales del sujeto han sido tan disminuidos que no tienen valor para él, de modo que tal vez no merezcan seguir siendo bienes básicos; en tanto que el segundo sería aquel donde los poderes vitales se mantienen intactos (HANSER, 2011: 449). Si esto es así, se estaría en presencia de un daño sólo cuando se prive a un sujeto de la vida en la segunda clase de casos. Esto parece plausible, sin embargo, el problema es que la primera clase de casos parecen ser una excepción a su propia tesis, dado que sugiere que la maldad del evento no depende de él mismo, sino de algo más, en este caso del estado en el que está y del estado en el que pudiera quedar la persona.

En cuanto a los problemas de las tesis no-comparativas, ellos se presentaban sobre todo en casos donde la víctima está en un estado malo pero no tan malo como

---

[33] *Vid.* PARFIT (1984: 489-490).

el que de otra manera podría estar. O en casos donde la víctima queda en un estado no-comparativamente no malo pero que (comparativamente) es peor de lo que podría estar de otro modo. En el ejemplo que aquí se ha utilizado, Derek quedaba con poderes intelectuales promedio, lo que sería un estado no comparativamente no malo pero peor que aquél en el que podría haber estado de otro modo. En tal caso, la intuición afirmaba que Derek había sido dañado, pero sostener tal afirmación era difícil para las tesis no-comparativas. La TBEv, en cambio, no encuentra problemas para explicar el daño sufrido por Derek en tal clase de casos. Él ha sido objeto de un evento que lo privó de cierta cantidad de un bien básico, independientemente de si su estado final es bueno o malo. Por tanto, él ha sufrido un daño.

Parece, pues, que la TBEv puede explicar de manera convincente la mayoría de los casos donde se cree que alguien ha sufrido un daño por la acción de otra persona. No obstante, encuentra ciertos problemas, que han sido señalados por J. THOMSON. La primera objeción que realiza, es que HANSER no puede explicar los casos donde los sujetos no pierden ninguna cantidad de un bien, sino que siempre existieron en determinado estado (THOMSON, 2011: 457). La objeción de THOMSON podría ser contestada del siguiente modo. Uno podría afirmar que en tal clase de casos si bien no se priva a nadie de ningún bien, se impide que quien está en determinado estado adquiera cierta cantidad de un «bien básico». Esta respuesta, como se verá luego, dado que —según TBEv no toda vez alguien se vea impedido de recibir un beneficio sufre un daño— no es del todo satisfactoria.

THOMSON realiza una segunda objeción: de acuerdo a la TBEv ser ciego no sería el daño que las personas sufren: el daño sería perder la vista. Esto es implausible ya que de ser así el daño que sufre el sujeto está en el pasado, aunque él siga siendo ciego (2011: 456). La respuesta de HANSER es que es cierto que cuando uno pierde un bien básico es puesto en un estado malo, aunque el daño no derive de tal estado. Sin embargo, la duración de tal estado afecta, dice HANSER, a la gravedad del daño sufrido (2011: 467). Esta respuesta me parece poco convincente. Estoy de acuerdo con THOMSON en que esta respuesta es desconcertante «si la maldad de un evento que consiste en [por ejemplo] la pérdida del uso de las piernas es independiente de [...] la maldad del estado final [...]. ¿Cómo puede HANSER consistentemente decir [...] también que la maldad del evento que consiste en la pérdida del uso de las piernas de alguien es más grave si está en tal estado por un tiempo más largo?» (THOMSON, 2011:457).

Pero supóngase que es posible contestar todas las objeciones a esta clase de tesis. ¿Puede la tesis basada en eventos resolver el problema de la no-identidad? En el caso de Moni y Paola, la TBEv implica lo siguiente: Paola ha perdido la vista a la edad de diez años. Dado que la vista es un bien básico, haberla perdido es sufrir un daño. Moni, ha causado el evento que hizo que Paola pierda la vista. Dado que Moni ha causado el evento que produjo que Paola pierda la vista, ella está en una relación R con el daño sufrido por Paola. Por tanto, Moni ha dañado a Paola. Parece que el problema de la no-identidad ha sido resuelto. ¿Es esta una buena explicación?

La solución de HANSER a esta clase de casos parece plausible. Estos son los que se han llamado como «casos de malos eventos», aquellos que tienen lugar cuando a las personas les ocurren cosas malas durante sus vidas. En un determinado momento de su vida, ocurre un evento que hace que Paola pierda cierta cantidad de algún bien

básico. Como los agentes han ocasionado ese evento, ellos están en una relación R con el daño, y su acción es objetable por ese motivo. Sin embargo, existe otra clase de casos que parece mucho más problemática para aproximaciones como la de HANSER. En los casos de *mala condición* a las personas no les ocurre nada malo en sus vidas, sino que nacen en esa condición. Imagínese un caso muy similar al de Moni y Paola, sólo que esta vez el niño, en lugar de quedar ciego a la edad de diez años, nace con esa condición. Supóngase, en este caso, que la madre se llama Moni2 y la niña Paola2. ¿Cómo puede la TBEv de HANSER resolver este caso?

El mismo HANSER reconoce que en tal clase de casos es difícil pensar que la niña ciega ha sido dañada por Moni2. Según su tesis, *perder* un bien básico es sufrir un daño, y Paola2 no ha perdido ningún bien, ella meramente *carece* del sentido de la vista. «Carecer del sentido de la vista, por contraste no es un sufrir un daño: uno no puede perder lo que nunca se tuvo» (HANSER, 2009: 186). Tal vez HANSER podría acomodar su tesis basada en eventos para cubrir este tipo de casos del siguiente modo. Cuando él explica qué significa sufrir un daño, afirma que la pérdida de un bien básico es sólo una de las formas en las que se puede experimentar el daño. Uno también puede sufrir un daño cuando se le impide recibir algún beneficio. De esta manera uno podría decir que Moni2, al concebir, ha producido un evento que impidió que Paola2 adquiriera cierta cantidad de algún bien básico. Como la concepción, en la forma en que se hizo, impidió que Paola2 tenga el sentido de la vista, la ha dañado. ¿Es esta una buena explicación? Creo que no. La concepción no ha impedido que Paola2 tenga el sentido de la vista. Para que esto sea así debe existir la posibilidad de que ella, de hecho, la tenga. Y, como ya se sabe, tal cosa es imposible en casos atravesados por el problema de la no-identidad. Esta conclusión muestra un problema aún mayor para la TBEv de HANSER. Incluso en los casos de malos eventos, tal como el de Moni y Paola, resulta artificioso afirmar que ha habido un evento que privó a las víctimas de determinado bien básico. Esto es así porque no se puede privar a alguien de lo que nunca pudo haber tenido.

3. UNA TESIS SUPERADORA, ¿QUÉ ESPERAR DE ELLA?

Al pretender resolver el problema de la no-identidad a través de alguna noción del daño, han saltado a la vista dos puntos de importancia. El primero, respecto del concepto de daño, es que las personas tienen intuiciones comparativas en algunas clases de casos; en tanto que en otras, sus intuiciones son no-comparativas. Se han explorado dos posiciones que pretendían acomodar estas intuiciones: la tesis combinada y la basada en eventos. Ambas resultaron ser insatisfactorias. El segundo punto, se refiere específicamente al problema de la no-identidad: parece que ninguna de las tesis analizadas, aún si se encontrara un principio que pueda acomodar tales intuiciones encontradas, sería capaz de resolverlo.

Dada la complejidad del asunto y la dificultad de encontrar una explicación plausible, la mejor alternativa es buscar aquella aproximación que más se acerque a las intuiciones «pre-teóricas» que se tienen. En primer lugar, es mayormente aceptado que el estatus de daño que alguien sufre deriva del estado final en el que se está y no tanto de la clase de evento que se sufre. De manera que ese será el punto de partida.

La aproximación será una basada en estados. En segundo lugar, es bueno tener en cuenta cuáles son los problemas a los que nos hemos enfrentado en este trabajo. Si lo que se pretende es encontrar una aproximación superadora, debería poder resolverlos a todos o, al menos, a la mayor parte. Los problemas en las diferentes tesis analizadas eran los siguientes.

En particular, las tesis comparativas contra-fácticas (TCC y TCC2) no podían resolver (1) el caso de los daños previos, y (2) aquéllos en los que existía una diferencia temporal en el buen efecto y al mal efecto de una acción sobre el mismo aspecto de una persona. Las tesis no-comparativas (TNC), por su parte, encontraban inconvenientes en los casos donde (3) la víctima era colocada en una peor condición de aquélla en la que podría estar de otro modo, pero no en un estado malo. Tampoco podían resolver los casos inversos, es decir cuando (4) el accionar de un agente hace que la víctima mejore su condición, y la coloca en un estado que es mejor de lo que estaría de otro modo, pero ese estado es malo. Una dificultad común a la tesis combinada (TComb) y las no comparativas es (5) mantener al daño como un criterio independiente de cualquier discusión respecto de una distribución de bienes justa como así también (6) explicar cuál es el criterio para conformar el umbral. Respecto de la tesis basada en eventos (TBEv), el mayor problema es que (7) no puede explicar coherentemente cómo se debe graduar la gravedad del daño sin apelar al estado final en el que se encuentran las personas que sufren un daño. Asimismo, un rasgo común a todas las posiciones eran (8) las dificultades para acomodarse al caso de la muerte y (9) la imposibilidad de resolver el problema de la no-identidad. Una aproximación que dé cuenta completamente de las intuiciones que se tienen cuando se afirma que alguien ha dañado a otra persona, debería poder explicar todos estos casos.

3.1. Reformulación del comparativismo contra-fáctico: TCC3

Existe una aproximación que puede, creo, ser superadora. Esta tesis es presentada por Judith THOMSON (2011). La autora defiende la idea de que las explicaciones comparativas contra-fácticas, con una leve reformulación, pueden resolver la mayoría de los inconvenientes antes analizados. Su explicación descansa sobre la observación de que el comparativismo contra-fáctico no necesita preguntarse cómo hubiesen sido las cosas para la víctima si no le hubiese pasado lo que pasó (THOMSON, 2011: 448). Sino sólo necesita analizar qué es aquello que la acción del agente impidió que ocurra en la víctima. El ejemplo que ella trae para explicar su punto es el siguiente:

> **(El villano del ácido)** supóngase que un villano A arroja ácido en los ojos de B, causándole ceguera. El ácido comienza a afectar a los ojos de B, pero antes de que se complete el proceso de ceguera de B, una persona allí presente C interviene aplicando un neutralizador a los ojos de B. Eso hace que B quede en un estado de ceguera débil, llamada «visión borrosa (THOMSON, 2011: 447).

Según THOMSON cualquiera que piense que B está sufriendo un daño en virtud de tener «visión borrosa» debe abandonar la asunción de que dañar a alguien es causar que alguien sufra un daño (2011: 448), lo que es un problema tanto para las tesis no-comparativas como para las basadas en eventos. THOMSON afirma que cualquier explicación plausible de lo que significa dañar a otro debe implicar que el villano A

daña a B mientras que C no lo hace, por más que tanto A como C causaron que B tenga «visión borrosa». Conforme a su punto de vista, las tesis comparativas pueden explicar este punto: A ha causado no sólo que B tenga visión borrosa, sino que también ha impedido a B tener buena visión —y para B es peor tener una visión borrosa que una buena visión—. Por tanto, A ha dañado a B. En cambio, el obrar de C aunque también causó que B tenga visión borrosa, no impidió que B tenga buena visión. De modo que no lo ha dañado (THOMSON, 2011: 448). La tesis de THOMSON, dado que es también una explicación comparativa contra-fáctica se llamará *tesis comparativa contra-fáctica 3* o TCC3:

TCC3: Si A causó que B esté en E, y para algún estado E*:

i) A impidió que B esté en E* por el mismo medio por el cual A causó que B esté en E, y

ii) B está en una peor condición, en algún aspecto, por estar en E de aquélla en la que podría haber estado si hubiese estado en E*,

Entonces A daña a B

¿Puede esta tesis solucionar los problemas a los que se enfrentaban las anteriores? Se analizará cada uno de ellos. El primer inconveniente surgía en los casos de (1) daños previos, el cual se ha ejemplificado con el matón y el usurero. La cuestión aquí es poder afirmar convincentemente que el usurero local ha dañado a Joaquín por más que, si él no le hubiese roto las piernas, su víctima hubiese estado en la misma condición porque alguien más (el matón Ramiro) lo hubiera hecho. Este caso es importante porque sirve para observar de un mejor modo la diferencia entre TCC3 y las tesis comparativas contra-fácticas iniciales[34].

Como se ha visto, según la Tesis comparativa contra-fáctica clásica (TCC): si el acto de A hace que B esté en una peor condición de lo que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B. En el caso del matón y el usurero, por tanto, siguiendo la TCC se debería concluir que nadie ha dañado a Joaquín. Si el usurero no le hubiese roto las piernas, Ramiro lo hubiese hecho. De modo que el acto del usurero no hace que Joaquín esté en una peor condición de la que de otro modo podría haber estado. En cambio, conforme a la TCC3 no hay obstáculos en sostener que el usurero local ha dañado a Joaquín. El usurero local causó que Joaquín tenga las piernas rotas por: i) el mismo medio que impidió que las tenga sanas, y ii) Joaquín está en un aspecto en una peor condición por tener sus piernas rotas de lo que estaría si las tuviera sanas. De manera tal que el usurero ha dañado a Joaquín por más que este último estaría en la misma condición si él no hubiese actuado como lo hizo. Todo lo que hace falta observar para saber si un sujeto ha dañado o no a otro es la comparación entre el estado de cosas que efectivamente causó y el que impidió que sucediera. Si el primero es peor al segundo, entonces ha habido una acción de dañar.

El segundo problema, que se ha ejemplificado con el caso del *Murciélago Negro,* surgía en los casos donde (2) un sujeto estaba después de la acción del agente en algún aspecto en una condición peor, pero, pasado un tiempo, en ese aspecto —gracias a aquella acción— estaría aún mejor. La TCC3 en este caso implica lo siguiente: Snate

[34] Tim MEIJERS ha objetado que no existen diferencias entre TCC y TCC3.

causó que Tony esté ciego: i) por el mismo medio que impidió que tenga una visión normal, y ii) mientras Tony está ciego, él está peor que la condición que Snate impidió que esté, es decir, que tenga una visión normal. Dado que la TCC3 descansa en la observación de que el comparativismo contra-fáctico no necesita preguntarse en cómo hubiesen sido las cosas para la víctima si no le hubiese pasado lo que pasó, sino sólo en qué es aquello que la acción del agente impidió que ocurra en la víctima, puede afirmar que Snate ha dañado a Tony por más que, al final de cuentas, esté mejor de lo que podría haber estado de otro modo.

Si las respuestas a (1) y (2) son satisfactorias, la TCC3 se muestra como una alternativa comparativa contra-fáctica superior a las anteriores. Pero ¿es lo suficientemente buena como para resolver otra clase de inconvenientes? Dado que los problemas (3) y (4) lo son sólo para las tesis no-comparativas, no representan un reto para la TCC3. Del mismo modo, dado que es meramente una tesis comparativa no necesita preguntarse por (6) el modo en que debe construirse el umbral o qué clase de estados deben catalogarse como malos. Por tanto no necesita hacer consideraciones referentes al problema de la justicia (5). Respecto de la tesis basada en eventos (TBEv) su mayor problema era (7) no tener un criterio coherente para graduar la gravedad del daño. Conforme a la TBEv el estado final en el que están las personas no cuenta para afirmar si han sido dañadas o no; aunque a la vez sí cuenta para medir su gravedad. La TCC3 no tiene este problema, puede graduar la gravedad del daño en proporción a cuán mala sea la condición en la que la víctima ha sido colocada en relación con aquella otra condición en la que le impidió estar.

Si las afirmaciones anteriores son convincentes se ha encontrado una tesis de lo que significa dañar a otro que es superior no sólo a la original TCC, sino a todas las otras analizadas. Sin embargo, ¿puede ella resolver el problema (8) de la muerte y (9) el de la no-identidad? Respecto del caso de la muerte (8) tal y cómo se ha construido la TCC3 es difícil explicar por qué estar muerto es malo. Podría afirmarse que en ese específico caso es cierto que cuando se mata a una persona, uno no causa que la vida de la víctima este en una mala condición (o sea mala en algún sentido), sino sólo que se acabe (THOMSON, 2011: 455). Lo que aunque parece ser algo malo también es un asunto diferente. No creo que esta afirmación sea completamente satisfactoria para explicar el daño sufrido. Pero, dado que tampoco alguna de las otras tesis puede explicar este caso, eso no altera la consecución de los objetivos de este trabajo. Esos objetivos eran encontrar una explicación de lo que implica dañar a otro superior a las otras y de tratar, a través de ella, resolver el problema de la no identidad.

3.1.1. TCC3 y el problema de la no identidad

Sin embargo, ¿puede la TCC3 resolver el problema de la no-identidad? Para responder esta pregunta se debe distinguir entre los casos que *directamente* involucran al problema de la no-identidad y a aquellos que lo hacen *indirectamente.* En la primera clase de casos una acción genera un curso causal que produce una consecuencia mala en un ser a la vez que su existencia. En cambio en la segunda clase de casos una elección tiene consecuencias que inician un complejo de cadenas de eventos que eventual-

mente tienen un igual efecto decisivo sobre quienes serán las personas particulares que existirán después de haber sido hecha la elección. En esta segunda clase de caso la contribución de cada acción en la producción del resultado es menor. Se comenzará con los casos que *indirectamente* involucran al problema. El ejemplo típico de esta clase de casos es el siguiente:

> (**La Política Catastrófica**)[35]: Una comunidad tiene que elegir entre dos políticas energéticas. Como resultado de la elección de cada política, las personas que vivirán en cada escenario posible serán diferentes. Las dos políticas serían completamente seguras por al menos tres siglos, pero se sabe que una de ellas causará una catástrofe en un futuro más lejano. Una política, la política catastrófica supone el enterramiento de desechos nucleares en áreas en que no hay riesgos de terremoto, bajo la modalidad de almacenamiento temporal prolongado. Esta forma de almacenamiento permite guardar los desechos de manera segura entre 100 y 300 años. Pero como estos desechos seguirán radiactivos durante miles de años, es previsible que pasado ese periodo se produzca un escape, lo que ocasionará una catástrofe ecológica. Si se elige esta Política Catastrófica, el nivel de vida será algo más alto en el próximo siglo. Por eso la comunidad la elige. Como resultado, hay una catástrofe muchos siglos después. Se libera una radiación que afecta a personas que nacen después del escape, a las que les hace contraer una enfermedad incurable —*v. gr.* leucemia— a la edad de 40 años. Supóngase que una de las personas afectadas, llamémosle Hulk, no habría vivido si se hubiese elegido la política segura, la que se desarrolla bajo la forma del almacenamiento geológico profundo.

¿Cómo opera la TCC3 en tal situación? Según THOMSON en esta clase de casos (los que indirectamente implican el problema de la no-identidad) se disparan al menos dos procesos causales diferentes. Uno que va hacia el nacimiento de Hulk (y otros niños); el otro hacia la adquisición de leucemia por parte de Hulk como consecuencia de la catástrofe producida siglos después (2011: 453). Esto es así porque tanto uno como otro resultado se produce como consecuencia de la elección de la política catastrófica en conjunción con otros actos que o no han sido influenciados por tal elección o lo han sido en diferente grado. Si esto es aceptable, elegir la política catastrófica, en primer lugar, ha provocado una cadena causal cuyo resultado fue que Hulk exista por el mismo medio que impidió su inexistencia. En segundo lugar, dado que se está hablando de dos cadenas causales diferentes, es posible afirmar que respecto de la segunda, elegir la *política catastrófica* produjo que Hulk tenga leucemia por el mismo medio que impidió llevar una vida saludable. Si esto es así, puede afirmarse que él ha sido dañado. La acción disparó un proceso causal que impidió que Hulk esté en una posición que es mejor que aquella otra que causó.

Puede objetarse que esta distinción entre diferentes cadenas causales es más artificiosa que real, es decir que la solución propuesta sería algo así como una trampa lingüística. Sin embargo, de acuerdo con el método estándar para evaluar contra-fácticos, un contra-fáctico dado es verdadero si y sólo si su consecuencia es verdadera en el mundo posible «más cercano» —el mundo más similar al mundo real— (HANSER, 2009: 197). El mundo posible más cercano a aquel en el que Hulk contrae una enfermedad, es aquel en el que la catástrofe no ocurre y Hulk de todos modos nace[36]. Y no

---

[35] He modificado el ejemplo de la política arriesgada de PARFIT (1984: 371).

[36] Alan CARTER proporciona un argumento similar combinándolo con una tesis inversa de la efectos acumulativos de las acciones (CARTER, 2001: 441-442).

aquel donde además de lo primero, Hulk no nace. Esto es así porque cada resultado se produce como consecuencia de la combinación de la elección de la política catastrófica con hechos diferentes.

Pero, ¿puede la TCC3 explicar por qué Moni ha dañado a Paola? Desafortunadamente, creo que la respuesta es negativa. Este caso es uno en el que *directamente* se ve implicado el problema de la no-identidad. En estos casos, una acción genera sólo un curso causal que produce dos (o más consecuencias): una buena, que nazca algún ser; y una mala, que tenga alguna discapacidad. Aquí, a diferencia del caso anterior, el mundo posible más cercano al real donde Paola no tiene esa discapacidad es aquel en el que ella no nace. La prueba de esto es que el nacimiento de Paola y su ceguera tienen exactamente las mismas causas. A diferencia del caso de *la política catastrófica,* donde si bien su elección es causa tanto del nacimiento de Hulk como de que contraiga una enfermedad, cada uno de los resultados se produce como consecuencia de la conjunción de aquella elección y diferentes causas.

CONCLUSIÓN

Este trabajo comenzó puntualizando que, en general, en los casos atravesados por el problema de la no-identidad, se tiene la intuición que las acciones presentes pueden dañar a las personas futuras. Se intentó mostrar que las explicaciones del daño comúnmente aceptadas no pueden apoyar esa clase de juicios. Por tal razón, se buscó una tesis del daño superadora que pueda resolver también los casos atravesados por el problema de la no-identidad. El inconveniente se esquematizó del siguiente modo:

P1: Si el acto de A hace que B está en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B.
P2: El acto de Moni de concebir ahora en lugar de tomar la píldora por dos meses antes de concebir no hace que Paola esté peor de lo que podría estar si Moni no hubiese actuado como lo hizo.
C: Por consiguiente, el acto de Moni no daña a Paola.

En este trabajo se buscó una respuesta que evite la conclusión en términos del daño a los seres futuros, es decir que niegue a P1 y que cumpla, siguiendo a BOONIN, con los requisitos de: (1) *independencia*, (2) *robustez* y (3) *modestia*. El requisito de la independencia (1), implicaba que la razón para rechazar la P1 debía ser independiente del hecho de que rechazar la P1 es lo que nos permite evitar la conclusión. El requisito de la robustez (2) implicaba que la razón para rechazar P1 debía ser una buena razón para rechazar la conclusión por sí misma. Por último, el requisito de la modestia (3) implicaba que la razón para rechazar la conclusión no debía generar situaciones o problemas en los que se tengan incluso más razones para evitar, que las que se tenga para evitar la CE.

El objetivo propuesto no ha podido ser cumplido. No se ha encontrado una explicación del daño que sea superior a las otras y a su vez pueda resolver completamente el problema de la no-identidad. Sin embargo, a través del análisis realizado se ha podido defender que una reformulación de las tesis clásicas comparativas contra-fácticas puede resolver casi todos los inconvenientes que presentan las demás explicaciones del

daño. La tesis defendida, TCC3 dado que puede resolver gran cantidad de inconvenientes en casos no atravesados por el problema de la no-identidad que son problemáticos para la tesis implicada en P1, demostró —hasta ahora— ser superadora. Por tal razón se defendió que la TCC3 es capaz de rechazar a la implicada en P1, cumpliendo de ese modo, con el requisito de la *independencia.*

Asimismo, se defendió que no hay mayores razones para evitar las conclusiones a las que TCC3 arriba, tanto en casos atravesados por el problema de la no-identidad como en aquellos donde no tiene presencia, que las que existen para evitar la *conclusión* de nuestro silogismo. Prueba de esto es que la TCC3 da la respuesta correcta en al menos cierta clase de situaciones atravesadas por el problema de la no-identidad; y donde no da la respuesta correcta, afirma lo mismo que la tesis comparativa clásica. Lo mismo ocurre con los casos no atravesados por el problema de la no-identidad. Como esto es así, el requisito de la modestia ha sido cumplido.

Sin embargo, la TCC3 no es lo suficientemente *robusta* como para rechazar la conclusión por sí misma. Prueba de ello es que no se ha podido explicar por qué en los casos que *directamente* implican el problema de la no identidad, como el de Moni y Paola, el agente que actúa daña a la persona sobre la cual las consecuencias acaecen. Precisamente, casos como el de Moni y Paola, se presentan como los más problemáticos[37]. Sin embargo, como la TCC3 no deja sin resolver casos que las otras tesis sí, debe preferirse y ser adoptada. Al menos hasta que se proponga una salida superadora que pueda resolver el problema de la no-identidad.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, R. M., 1979: «Existence, Self Interest, and the problem of evil», *Noûs,* vol. 3, núm. 1, 53-65.

BOONIN, D., 2014: *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, Oxford University Press.

BROCK, D., 1995: «The Non-Identity Problem and Genetics Harms», *Bioethics*, vol. 9, núms. 3-4, 269-275.

CARTER, A., 2001: «Can we Harm Future people?», *Environmental Values,* vol. 10, núm. 4 (noviembre 2001), 429-454.

FEINBERG, J., 1984: *Harm to others: the moral limits of criminal law,* vol. I, New York: Oxford University Press.

— 1988: *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law,* vol. IV, New York: Oxford University Press.

— 1994: «Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming», en *id., Freedom and Fulfillment: philosophical essays*, New Jersey: Princeton University Press, 3-36.

GOSSERIES, A., 2008: «On Future Generations' Future Rights», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 16, núm. 4, 2008, 446-474.

[37] Aunque estos casos sean teóricamente más problemáticos, no parecen ser los que tengan mayor importancia práctica. Parece que la mayoría de los casos que pueden presentarse donde el problema de la no-identidad está presente son aquellos que *indirectamente* lo implican. Esto es así porque los efectos de cada acción se dispersan cada vez más y más a lo largo del tiempo, de manera que pueden contribuir en diferentes cadenas causales a la producción de diferentes resultados. Romina FRONTALINI REKERS me ha hecho notar este dato.

HANSER, M., 1990: «Harming Future People», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, núm. 1, 47-70.

— 2008: «The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXXVII, núm. 2, 421-450.

— 2009: «Harming and procreating», en M. ROBERTS y D. WASSERMAN (eds.), *Harming Future Peoples: Ethics, Genetics and the Non Identity Problem*, New York: Springer, 179-199.

— 2011: «Still more on The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXXVII, núm. 2, 459-469.

HARMAN, E., 2004: «Can we harm and benefit in creating?», *Philosophical Perspectives,* 18, Ethics, 2004, 89-113.

— 2009: «Harming as Causing Harm», en M. ROBERTS y D. WASSERMAN (eds.), *Harming Future Peoples: Ethics, Genetics and the Non Identity Problem*, New York: Springer, 137-151.

HOLTUNG, N., 2002: «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice,* vol. 5, núm. 4 (diciembre 2002), 357-389.

HURLEY, P., y WEINBERG, R., 2014: «Whose Problem is Non-Identity?», *Journal of Moral Philosophy,* abril 2014.

MCMAHAN, J., 1981: «Problems of Population Theory», *Ethics,* 92, núm. 1 (octubre 1981), 96-127.

— 1998: «Wrongful Life: Paradoxes in the Morality of Causing People to Exist», en J. COLEMAN y C. MORRIS (eds.), *Rational Commitment and Social Justice: Essays for Gregory Kavka,* Cambridge University Press, 208-247.

— 2012: «Causing People to Exist and Saving People's Lives», *Ethics,* Springer, 13 de septiembre de 2012.

MEYER, L., 2003: «Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm», en L. MEYER, S. PAULSON y T. POGGE, *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz,* Oxford University Press, 143-159.

— 2015: «Intergenerational Justice», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2015 Edition), en E. N. ZALTA (ed.), *http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/*.

MEYER, L., y ROSER, D., 2009: «Enough for the Future», en A. GOSSERIES y L. MEYER, *Intergenerational Justice*, Oxford University Press, 219-248.

MILL, J. S., 1992: *Sobre la Libertad*, Madrid: Alianza (trad. P. DE AZCÁRATE).

NINO, C. S., 1980: *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.

— 2013: *Ocho lecciones de ética y derecho para pensar la democracia*, Buenos Aires: Siglo XXI.

PARFIT, D., 1976: «On doing the Best for Our Children», en M. BAYLES (ed.), *Ethics and Population,* Cambridge: M. A. Shenkmann, 100-115.

— 1984: *Reasons and Persons*, Oxford: Clarendon Press.

— 1986: «Comments», *Ethics*, vol. 96, núm. 4 (julio de 1986), 832-872.

— 1988: «What we together do», *Unpublished,* 29 de marzo de 1988, 1-33.

PETERSEN, T. S., 2014: «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and Harm Principle», *Res Pública,* 27 de febrero de 2014, Springer, 1-16.

RAZ, J., 1986: *The Morality of Freedom,* Clarendon: Oxford University Press.

— 1987: «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy,* Oxford: Clarendon Press, 315-333.

REIMAN, J., 2007: «Being Fair to the Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position», *Philosophy & Public Affairs*, 35, núm. 1.

RIVERA LÓPEZ, E., 2011: «Responsabilidad Procreativa y el Problema de la No Identidad», en *id., Problemas de vida o muerte: Diez ensayos de bioética,* Barcelona: Marcial Pons, 93-123.

ROBERTS, M., 2007: «The non-identity Fallacy: Harm, Probability and Another Look at Parfit's Depletion Example», *Utilitas*, vol. 19, núm. 3, septiembre de 2007, Cambridge University Press, 267-311.

— 2009: «The non-identity problem and the two Envelope problem: When is One act Better for a Person than Another?», en M. ROBERTS y D. WASSERMAN (eds.), *Harming Future Peoples: Ethics, Genetics and the Non Identity Problem*, New York: Springer, 201-228.

SCHWARTZ, T., 1979: «Welfare Judgments and Future Generations», *Theory and Decision,* 11 (1979) 181-194.

SHIFFRIN, S. V., 1999: «Wrongful Life, procreative responsibility and the significance of harm», *Legal Theory,* vol. 5 (1999), Cambridge University Press, 117-148.

— 2012: «Harm and Its Moral Significance», *Legal Theory,* vol. 18, septiembre (2012), Cambridge University Press, 357-398.

SMAJDOR, A., 2014: «How Useful is the concept of the "Harm Threshold in reproductive ethics and law"?», en *Theor Med Bioeth,* Springer, 9 de agosto de 2014, 1-16.

THOMSON, J. J., 2011: «More on the Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenical Research*, vol. LXXXII, núm. 2, 436-458.

WOODWARD, J., 1986: «The Non-Identity Problem», *Ethics,* vol. 96, núm. 4 (julio de 1986), 804-831.

— 1987: «Reply to Parfit», *Ethics*, vol. 97, núm. 4 (julio de 1987), 800-816.

SOBRE «ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA CIENCIA JURÍDICA INTERPRETATIVA», DE ALDO SCHIAVELLO *

Álvaro Núñez Vaquero
Universidad Austral de Chile

RESUMEN. El presente trabajo tiene como objetivo realizar algunos comentarios críticos a un trabajo de Aldo SCHIAVELLO publicado en esta misma *Revista*, que constituye una defensa del modelo interpretativo de ciencia jurídica. Se comienza realizando una reconstrucción de los argumentos que ofrece SCHIAVELLO para, a continuación, analizar críticamente tres de sus tesis. La primera de ellas se refiere a la relación entre la concepción de la ciencia y el método de los estudiosos del derecho. A continuación, se analizan los argumentos que ofrece el autor en favor de la practicidad de la ciencia jurídica. Por último, se analiza el alcance de la tesis según la cual la ciencia jurídica sería una disciplina interpretativa. El texto finaliza con una crítica al modelo interpretativo de ciencia jurídica, más allá de las tesis de SCHIAVELLO.

Palabras clave: Teoría de la ciencia jurídica, epistemología, método, disciplina práctica, concepto de derecho.

On «Some Arguments in favor of a Interpretative Legal Science» by Aldo SCHIAVELLO

ABSTRACT. This paper aims to make some critical remarks about Aldo SCHIAVELLO work published in this journal, which represents a defense of the interpretative model of legal science. It starts making a reconstruction of the arguments offered by SCHIAVELLO to then critically analyzing three of his thesis. The first concerns the relationship between the conception of science and the method of legal scholars. Then, the arguments offered by the author in favor of the practicality of legal science are analyzed. Finally, the scope of the thesis defending that legal science would be an interpretative discipline is analyzed. The text ends with a critique of the interpretative model of legal science, beyond the SCHIAVELLO thesis.

Keywords: Theory of legal sciences, epistemology, method, practical discipline, concept of law.

---

* Fecha de recepción: 21 de enero de 2015. Fecha de aceptación: 8 de abril de 2015.

Esta publicación forma parte del proyecto de investigación Fondecyt 11120311 del Programa Conicyt chileno sobre *Realismo jurídico e indeterminación del derecho*. Quiero agradecer a Claudio AGÜERO, Alejandro CALZETTA, Andrej KRISTAN y Matija ZGUR por sus valiosos comentarios a este trabajo. Deseo agradecer también a los evaluadores anónimos de la revista *Doxa* por sus agudas críticas y recomendaciones. Espero haber recogido todas sus sugerencias y recomendaciones. También deseo agradecer a mis asistentes, Carla IUSPA y Paz MORA, por su atenta lectura a la última versión de este trabajo.

— Gustavo, ¿no vas a decir nada?
— No tengo nada que decir.
— No es condición necesaria para decir algo.

Dos viejos maestros

El presente texto tiene por objeto realizar algunos comentarios críticos sobre el trabajo del profesor Aldo SCHIAVELLO «Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa». Dicho trabajo tiene su origen en la ponencia que el mismo autor presentó en la Mesa redonda sobre Teoría de la Ciencia Jurídica en el XIX Seminario Latino de Teoría del derecho, organizado por la Universidad Paris X Nanterre y celebrado en la ciudad italiana de Florencia en 2013.

Para tratar de ordenar mis comentarios, comenzaré haciendo una breve exposición de las tesis defendidas por SCHIAVELLO (1). A continuación analizaré críticamente tres tesis presentadas por el autor (2-4) para finalizar con una crítica —por decirlo de algún modo— más directa, al modelo interpretativo de ciencia o dogmática jurídica (5).

1. LA CIENCIA JURÍDICA INTERPRETATIVA

El texto de SCHIAVELLO constituye una sólida defensa normativa de un determinado modelo de ciencia o dogmática jurídica (usaré dichas expresiones como sinónimas[1]): aquél que el propio autor llama dogmática jurídica interpretativa. La estrategia de SCHIAVELLO para defender dicha tesis parte por una descripción del modelo de ciencia jurídica analítica, que ha sido aquél que se habría consolidado en la cultura teórico-jurídica italiana. La herencia bobbiana[2] sería clara en dicho modelo, el cual configura el estudio del derecho positivo como un análisis meta-lingüístico de los textos normativos, y la teoría de la ciencia jurídica como un análisis meta-meta-lingüístico (derecho—ciencia jurídica—teoría de la ciencia jurídica)[3].

Según SCHIAVELLO, dicho modelo de ciencia jurídica analítica habría entrado en crisis por cambios tanto en el propio mundo como en el debate epistemológico. Si bien el autor se centra en este segundo aspecto, termina reconociendo que los desacuerdos entre empiristas y constructivistas no son tan relevantes en la práctica pues, en realidad, muy pocos constructivistas negarían el realismo metafísico y habría muy pocos empiristas (o, al menos, no deberíamos hacerles mucho caso) que nieguen que nuestro conocimiento está mediado por conceptos, categorías y teorías (SCHIAVELLO, 2014: 196-197).

Así pues, dado que las tesis neoempiristas se habrían mostrado como inadmisibles hoy en día, la manida pregunta acerca de la cientificidad habría dejado de tener sentido. Aquélla sería importante únicamente desde una perspectiva empirista radi-

[1] Para un uso diferenciado de ambas expresiones me permito remitir a NÚÑEZ VAQUERO, 2014.

[2] Los trabajos más importantes de Norberto BOBBIO en material de ciencia jurídica han sido recopilados recientemente por Riccardo GUASTINI. *Vid.* BOBBIO, 2011.

[3] *Vid.* BOBBIO 2011: 1-31. Es preciso señalar, no obstante, que dicha característica —la configuración de la ciencia jurídica como un meta-discurso— que SCHIAVELLO atribuye a los autores adscritos a la corriente iusanalítica italiana es discutible (y discutida) al menos en el caso de GUASTINI. *Vid.* GUASTINI, 2014.

cal ingenua, que debería ser, y que de hecho habría sido, abandonada (SCHIAVELLO, 2014: 201).

El problema, tanto de un determinado tipo de empirismo como de un tipo de filosofía analítica del derecho, consistiría en el monismo metodológico, esto es, la tesis según la cual para poder ser considerada científica, una disciplina debe adoptar la misma metodología que las ciencias naturales maduras. A esta tesis SCHIAVELLO opone un pluralismo metolodológico que, según el autor, sería casi unánime en la literatura, y que implicaría la dependencia del método en relación al contexto. Es más, es el propio objeto de estudio el que determinaría el método que se debe emplear para estudiarlo (SCHIAVELLO, 2014: 197, 201, 205).

En este sentido, afirma SCHIAVELLO, el derecho sería un fenómeno singular (como, en el fondo, todo fenómeno estudiado por las ciencias sociales) en la medida en que está compuesto por hechos humanos, y el conocimiento de aquéllos no puede ser de carácter neutral, avalorativo ni impermeable, siendo así poca la distancia entre sujeto y objeto de estudio. De este modo, sujeto cognitivo y objeto se influirían mutuamente, configurando el propio estudioso el objeto de estudio «derecho». Ello explicaría, entre otras cosas, los desacuerdos acerca de qué es el derecho, lo que, a su vez, lleva a pensar que aquél de «derecho» sería un concepto interpretativo (SCHIAVELLO, 2014: 197).

Esta recíproca influencia entre objeto de estudio y sujeto cognitivo se convertiría en sinergia desde el momento en que el derecho cumple la función de orientar la conducta, por lo que la ciencia jurídica no podría no reflejar dicha propiedad. La ciencia jurídica debe, pues, adoptar el punto de vista del participante, es decir, de quien adopta el derecho como criterio para calificar comportamientos (SCHIAVELLO, 2014: 198 y ss.).

Ahora bien, el argumento primordial de SCHIAVELLO, antes que de carácter teórico o conceptual, es de carácter normativo: la ciencia jurídica debe ser una disciplina práctica. En caso contrario, una de dos: bien se trata de una disciplina completamente irrelevante, bien de una disciplina ideológica (en el sentido de introducir juicios valorativos bajo la apariencia de ser meramente descriptivos) (SCHIAVELLO, 2014: 199 y 209).

No obstante, ello no significa, según SCHIAVELLO, que la ciencia jurídica interpretativa sea la única aproximación legítima en ciencia jurídica. Junto a ella podemos encontrar otras aproximaciones «externas» que no adoptan el punto de vista del participante, y que más se acercan a la hermenéutica de la sospecha (TRASÍMACO, MARX, FOUCAULT, LUNDSTEDT y FRANK son los ejemplos que SCHIAVELLO refiere). Sin embargo, estas últimas tienen (y deben tener) un carácter secundario en la medida en que, por un lado, son parasitarias respecto de la aproximación basada en el punto de vista del participante y, por el otro, y sobre todo, porque si la ciencia jurídica adoptase un punto de vista externo la propia existencia del derecho correría peligro. Es decir, sin una ciencia jurídica que adopte el punto de vista interno de la práctica jurídica, el derecho como tal estaría en riesgo de muerte (SCHIAVELLO, 2014: 200).

A continuación, SCHIAVELLO defiende la idea según la cual aquél de ciencia jurídica —y no sólo el de derecho— sería un concepto interpretativo. El autor presenta de manera clara y sistemática cuáles son las características de los conceptos interpretativos, una suerte de reformulación de la noción de concepto esencialmente controvertido de GALLIE (SCHIAVELLO, 2014: 203-205).

Desde este punto de vista, si el concepto de «derecho» es esencialmente controvertido, y la ciencia jurídica refleja (o debe reflejar) el carácter del derecho, entonces aquél de «ciencia jurídica» también sería, o debería ser, un concepto interpretativo. Ahora bien, dentro de las diferentes interpretaciones que admitiría la ciencia jurídica la mejor sería una versión asimismo interpretativa. En particular, SCHIAVELLO defiende un modelo que coloque como valor fundamental la integridad tal y como la entendía Ronald DWORKIN (SCHIAVELLO, 2014: 205 y ss.).

SCHIAVELLO finaliza su trabajo recogiendo una clasificación de dos grandes modelos de ciencia jurídica enunciada por Norberto BOBBIO: aquél del guardián y aquél del creador de derecho (BOBBIO, 2007). A la luz de factores institucionales, sociales y culturales se podría explicar, según el autor, el triunfo del modelo creador de derecho, poniendo definitivamente en jaque al modelo descriptivista de ciencia jurídica, propio de la tradición iusanalítica italiana, que mira desde afuera al derecho, al menos en alguna de sus versiones (SCHIAVELLO, 2014: 211 y ss.).

Estos son, al menos eso espero[4], los principales argumentos del trabajo de SCHIAVELLO. Son muchas las ideas del trabajo que merecen la pena ser comentadas y discutidas. Sin embargo, aquí me voy a limitar a analizar tres tesis de SCHIAVELLO que constituyen, creo, el centro de su argumentación. Además de porque estas tres tesis son de por sí interesantes, me concentraré en estos puntos porque constituyen la versión dominante de lo que sería, o debería ser según muchos autores, la ciencia jurídica hoy. En primer lugar, analizaré la pertinencia de seguir hablando sobre la cientificidad de la ciencia jurídica (2); en segundo lugar, analizaré la cuestión de si la ciencia jurídica es, o debe ser, una disciplina práctica (3); en tercer lugar, me preguntaré si aquél de ciencia jurídica es un concepto interpretativo (4). Finalizaré con una crítica que no analiza directamente los argumentos expuestos por SCHIAVELLO pero que intenta poner en cuestión el núcleo de la dogmática interpretativa.

2. CIENTIFICIDAD, MÉTODO Y OBJETO DE ESTUDIO

La primera tesis que es preciso analizar tiene que ver con el nexo que SCHIAVELLO establece entre el método de la dogmática jurídica, el objeto de estudio y la cientificidad. Su tesis, en este sentido, parece clara: «La posibilidad de cualificar como "científico" un ámbito de conocimiento no pasa por la adopción de un método determinado, en particular el método de las ciencias empíricas maduras. La idea, banal, es que el método depende del contexto o, en otras palabras, que es el ámbito de experiencia del objeto de estudio el que determina cuál sea el método adecuado que se tiene que adoptar [siendo] el problema de la cientificidad de la dogmática [...] "más verbal que real"» (SCHIAVELLO, 2014: 197, 201).

La anterior afirmación puede ser, no obstante, descompuesta en tres diferentes tesis, las cuales merecen consideración separadamente. En primer lugar, la tesis según

[4] Albergo ciertas dudas sobre si he comprendido correctamente todas y cada una de las tesis de SCHIAVELLO. La claridad o falta de claridad de las tesis de SCHIAVELLO ha sido también objeto de controversia con los evaluadores de este trabajo.

la cual carece de sentido seguir preguntándose por la cientificidad de la ciencia jurídica. En segundo lugar, aquélla según la cual la posibilidad de calificar como científica a una disciplina no depende de que aquélla adopte el mismo método que las ciencias empíricas maduras. Por último, la idea de que el método depende del objeto de estudio[5].

En este apartado analizaré únicamente las dos primeras tesis. En particular, me centraré en la relevancia de la propia cuestión de la cientificidad y, en segundo lugar, en la posible conexión entre cientificidad y método de las ciencias empíricas maduras. Dejaré la cuestión sobre la relación entre método y objeto de estudio para la cuarta sección (*infra*, 4.2).

2.1. La cuestión de la cientificidad

Lo primero que hay que hacer es analizar brevemente la tesis según la cual sería irrelevante discutir o determinar si la dogmática jurídica es una disciplina científica. SCHIAVELLO sostiene la idea, de bobbiana memoria[6], según la cual la cuestión de la cientificidad de la dogmática es poco interesante o puramente escolástica. Pues bien, si se tratara únicamente de una cuestión teórica o académica, aquélla sería completamente irrelevante. El problema es precisamente que la cuestión no es, a un análisis más detenido, de ningún modo irrelevante. Por «relevancia» o «relevante» aquí entiendo sencillamente aquella propiedad que se puede predicar de una información que, de ser conocida por un agente racional, es considerada como una razón para la acción. Es decir, que lleva a un agente racional a modificar su comportamiento con base en ella o, al menos, le obliga a reconsiderar su acción.

Si bien han sido muchos y muy diferentes los conceptos o criterios para calificar como científica a una disciplina, lo cierto es que siempre se ha atribuido un mayor valor a las disciplinas que han sido calificadas como científicas. Por ello, algunos autores como NINO (NINO, 2003: 13) han sugerido abandonar completamente la cuestión debido a la carga emotiva positiva que lleva consigo el término «ciencia».

---

[5] Me doy cuenta de que la afirmación según la cual, para SCHIAVELLO, el método de la ciencia depende de propiedades de su objeto de estudio puede ser discutible con base en la cita del párrafo anterior. Sin embargo, creo que hay algunos otros pasajes del texto que permiten imputar al autor dicha tesis: «[L]a idea de que el derecho sea interpretación y que la ciencia del derecho se resienta de esta característica de su objeto se ha convertido en un tópico» (SCHIAVELLO, 2014: 195); «Si aceptamos la tesis de que el objeto de estudio influye sobre el método científico, entonces un discurso sobre la ciencia jurídica —y una defensa de una ciencia jurídica «interpretativa»— impone la realización de una breve reflexión preliminar sobre el objeto de la ciencia jurídicas, es decir, sobre el derecho» (SCHIAVELLO, 2014: 197); «A fin de determinar cuáles sean las características de una ciencia jurídica interpretativa es útil retomar y profundizar en las reflexiones precedentes sobre la influencia que el objeto de estudio —el derecho, en nuestro caso— y las características específicas tienen en la actividad cognoscitiva. La naturaleza interpretativa de la ciencia jurídica depende de hecho de las características del concepto de derecho» (SCHIAVELLO, 2014: 205).

En cualquier caso, me parece que si se sostiene, por un lado, que el derecho es una práctica social interpretativa y, por el otro, que el método depende del objeto de estudio, entonces podemos concluir que si se defiende que el objeto de estudio viene determinado por el ámbito de experiencia del objeto de estudio, se está afirmando que el objeto de estudio determina el método. Espero, en cualquier caso, no estar malinterpretando las tesis de SCHIAVELLO. Agradezco a Claudio AGÜERO por haberme obligado a precisar esta tesis.

[6] BOBBIO, 1997: 134.

Sin embargo, pese a su indudable carga emotiva positiva, ello no significa que la calificación como científicas de determinadas disciplinas haya sido un simple capricho de la historia del conocimiento humano. Antes bien, cuando se ha calificado como científica una determinada disciplina ha sido porque se ha considerado aquélla, más allá de los errores que se hayan producido, como más fiable.

En realidad, la cuestión no parece de ningún modo irrelevante ni en términos generales ni para la dogmática jurídica en particular. En términos generales, porque la calificación de una determinada disciplina como científica ha sido como una especie de sello de calidad que permite a los no expertos establecer qué valor pueden atribuir al conocimiento generado por las disciplinas así calificadas, es decir, cuánto se puede confiar en aquéllas.

Ahora bien, ¿por qué se ha considerado, o deberíamos considerar, más fiables a las disciplinas científicas? La razón es que aquéllas permiten llevar a cabo actividades que no podrían ser realizadas sin tal conocimiento: construir aviones, prevenir enfermedades, usar ordenadores, etc. Es decir, las disciplinas científicas nos ofrecen el conocimiento necesario para llevar a cabo actividades como las mencionadas, permitiéndonos hacer predicciones acerca de las consecuencias de nuestras acciones, de los cambios que sufrirá el mundo, y de cómo nos afectarán[7]. Volveré enseguida sobre este punto (*infra* 2.2).

Más allá de la respuesta, la pregunta sobre la cientificidad parece relevante también para la dogmática jurídica: ¿cuánto nos podemos fiar de que las tesis de la dogmática reflejan el contenido del derecho? ¿Cuánto podemos confiar en que los jueces decidirán tal y como cree la dogmática que deberían de hacerlo? ¿Tiene algún poder explicativo la dogmática como instrumento para prever las consecuencias de mis acciones, orientándolas de este modo? ¿Sirve la dogmática jurídica a quienes practican el derecho como abogados para orientar su acción? ¿Puede acaso un juez confiar en que la respuesta que debe adoptar es la que le indica la dogmática? Determinar el valor científico de la dogmática jurídica permite establecer a los no dogmáticos —abogados, jueces, ciudadanos, legislador, etc.— en qué medida pueden confiar en las afirmaciones que realizan los dogmáticos sobre el derecho[8]. Así que la cuestión de la cientificidad parece estar bien lejos de ser una cuestión irrelevante[9].

---

[7] Por ejemplo, yo no sé si hay que vacunar a los niños pequeños, ni estoy en disposición de averiguarlo por mi cuenta. Ahora bien, supongo que me puedo fiar más de los estudios de la pediatría convencional que de las afirmaciones de un curandero.

[8] La consideración científica o no de la dogmática parece ser relevante en múltiples campos como, por ejemplo, para la enseñanza del derecho. En efecto, parece que la configuración actual de la educación jurídica, basada todavía hoy sustancialmente en la transmisión de conocimientos, está fundada en la idea de que tal tipo de información —aquélla sobre la que son interrogados los estudiantes— tiene algún tipo de valor científico. Pero si no es así, como piensan muchos, entonces ello debería llevar a una profunda revisión de los programas de estudio, ya que los contenidos sobre los que se evalúa a los estudiantes únicamente serían opiniones más o menos elaboradas acerca del contenido del derecho. En el mejor de los casos, se estaría evaluando a los estudiantes sobre el dominio de meta-descripciones (no científicas de por sí) de las opiniones de determinados juristas. Pero, si tales opiniones no revisten valor científico (ni tampoco su meta-descripción), ¿para qué pedir a los estudiantes que las aprendan y memoricen?

[9] Lo sería, tal vez, y sólo en cierto sentido, si fuera imposible crear una ciencia jurídica realmente científica, pero eso es una cuestión abierta que se discutirá más adelante. *Vid. infra* 3.2.

2.2. La relación entre método de las ciencias empíricas maduras y cientificidad

Volvamos a la tesis de SCHIAVELLO: «La posibilidad de cualificar como «científico» un ámbito del conocimiento no pasa por la adopción de un método determinado, en particular el método de las ciencias empíricas maduras» (SCHIAVELLO, 2014: 197). SCHIAVELLO, por tanto, estaría rechazando la tesis —imputada a los neo-empiristas (y, sospecho, a los realistas genoveses antes que al iuspositivismo jurídico italiano)[10]— según la cual para ser científica una disciplina debe adoptar el mismo método que las ciencias empíricas maduras.

Me parece que atribuir a los neoempiristas la anterior afirmación incurre en un error que, si bien es bastante común en la discusión teórico-jurídica, no es por ello menos pernicioso. En efecto, resulta francamente extraño sostener que las ciencias sociales deben adoptar el mismo método que las ciencias empíricas maduras. Se trata, me parece, de una falacia del hombre de paja: nadie ha pensado nunca seriamente en utilizar los métodos de las ciencias empíricas maduras para determinar el contenido del derecho.

La anterior tesis, convertida por SCHIAVELLO en objeto de crítica, se basa en una falta de distinción entre dos aspectos implicados en aquélla: entre los planos metodológico y epistemológico. Por «metodología» podemos entender aquel discurso que trata de elaborar herramientas que sirvan para obtener enunciados base (enunciados descriptivos sobre) de un determinado objeto de estudio, afinar y evaluar tales instrumentos, y derivar conclusiones a partir de aquéllos. Por «epistemología», por el contrario, podemos entender aquel discurso que pretende establecer qué es posible conocer y cuándo estamos frente a conocimiento justificado. Se trata, desde luego, de planos entre los que existe una conexión pero que pueden, y deben, ser distinguidos.

Desde el primer punto de vista, el metodológico, es completamente implausible sostener la unidad de las disciplinas científicas. Ni siquiera parece posible predicar dicha tesis para el ámbito de las ciencias empíricas maduras: nadie pretende realizar un estudio sobre la transmisión de la antimateria utilizando los métodos de la química orgánica, o hacer física cuántica con la metodología de la biología. En realidad, dentro de las ciencias empíricas maduras conviven una buena cantidad de métodos diferentes y, en ocasiones, alternativos. Lo mismo ocurre, pero en mayor medida, en las disciplinas sociales. Por ejemplo, si lo que nos interesa es saber cómo se comportan o piensan nuestros representantes políticos se pueden utilizar diferentes métodos: encuestas, entrevistas, análisis de declaraciones de actividades, análisis de discursos políticos, análisis de redes, etc. La unidad de la ciencia, entendida como tesis metodológica, simplemente carece de sentido.

Ahora bien, si así están las cosas, entonces el hecho de que una determinada disciplina asuma un determinado método no es condición suficiente para considerarla como científica. Desde luego, se puede afirmar que para que una disciplina sea considerada científica es preciso que su metodología satisfaga algunos requisitos como, por ejemplo, que sus mediciones o enunciados base no dependan de las propias preferencias o

[10] Esto se debe a que, como el propio SCHIAVELLO reconoce, sus tesis han sido en parte avanzadas por Mario JORI y Uberto SCARPELLI, quienes ya fueron críticos con el realismo jurídico genovés.

impresiones del investigador[11]. Sin embargo, en las ciencias modernas, también en las sociales, disponemos de métodos alternativos que satisfacen criterios como el anterior. Así pues, si hay diferentes métodos que satisfacen estándares mínimos de cientificidad, entonces no podemos afirmar que la cientificidad dependa exclusivamente del método de estudio empleado.

Desde donde es posible, y plausible, por el contrario, sostener la unidad de las disciplinas científicas es desde el punto de vista epistemológico. A saber: no desde el punto de vista de cuáles son las actividades que es preciso llevar a cabo para conocer un objeto (metodología), sino desde el punto de vista de qué es lo que podemos conocer o cuándo estamos frente a conocimiento justificado. Un discurso, dicho de otro modo, que nos permita distinguir entre disciplinas científicas y no científicas, y que permita reorientar una disciplina para convertirla en científica.

A lo largo de la historia de la filosofía de la ciencia se han ofrecido diferentes criterios sobre cuándo una disciplina puede ser considerada científica. En una apretadísima y reductiva síntesis se podría afirmar, con BOBBIO (BOBBIO, 2011, 11 y ss.), que las concepciones dominantes de la ciencia han sido fundamentalmente dos: según la primera, una disciplina sería científica en la medida en que está compuesta por un conjunto de enunciados descriptivos sintéticos verdaderos (concepción empirista); según la segunda, una disciplina científica sería una disciplina rigurosa, constituida por un conjunto de enunciados ordenados, en el que existen una serie de tesis primarias u originarias, un conjunto de reglas de transformación, y una serie de tesis derivadas producto de la combinación de las dos anteriores (concepción racionalista).

Sin embargo, hay buenas razones para descartar aproximaciones externas o filosóficas como las dos anteriores en epistemología, es decir, a la hora de establecer qué es o cuándo estamos frente a una disciplina científica. La más importante de ellas es que parece que debemos rechazar las justificaciones fundacionalistas de nuestro conocimiento: no somos capaces de encontrar una justificación externa acerca de cuándo estamos frente a conocimiento verdadero. Es decir, no disponemos de instrumentos para asegurar que el conocimiento de las disciplinas científicas —entendidas en alguno de los sentidos anteriores— sea un conocimiento verdadero (o que realmente refleje la realidad).

Ahora bien, si consideramos que tenemos ciertas disciplinas que gozan de mayor prestigio porque tienen una mayor capacidad explicativa (entendida como capacidad predictiva), la opción que parece más plausible es fijarnos en aquéllas para determinar qué debemos entender por ciencia: debemos, dicho de otro modo, naturalizar la epis-

[11] No es posible ni siquiera hacer un breve resumen de las tesis en relación a cómo debe ser una metodología para poder ser considerada científica, debido a que requeriría un espacio superior del que aquí se dispone. Pero, además, este no es el aspecto que me interesa destacar. Ello debido a que voy a sostener que lo que debería ser considerado determinante a la hora de calificar como científica una disciplina es que consiga (o, al menos, intente conseguir) resultados similares a aquéllos de las disciplinas científicas más exitosas: aquéllas que son presupuestas por las tecnologías, precisamente por tener una gran capacidad predictiva. En este sentido, parece existir una relación no conceptual sino causal entre la metodología elegida y el tipo de resultados que se pretende alcanzar. Si bien podría suceder que una disciplina cuyo método (mejor dicho, su aplicación) dependa de las impresiones subjetivas de sus investigadores alcance resultados exitosos, resulta extraño imaginar cómo una disciplina cuyos instrumentos metodológicos estén, por ejemplo, centrados en las apreciaciones subjetivas del investigador, pueda llegar a tener éxito.

temología. Ello porque, parafraseando a CARNAP, no es posible bajarnos de la barca del conocimiento para evaluar la propia barca, sino que únicamente nos podemos colocar en la parte que parece más sólida —la de las disciplinas más exitosas— para evaluar y tratar de mejorar el resto de la embarcación. Es decir, ante la imposibilidad de justificar en última instancia nuestro conocimiento en una base sólida, la mejor opción parece revisar nuestra epistemología a la luz del que parece nuestro conocimiento más fiable: el conocimiento de las disciplinas más exitosas.

Así las cosas, es preciso averiguar cuáles de las características de las disciplinas que consideramos más exitosas harían que una disciplina se convierta en científica. Aquí las alternativas son fundamentalmente dos: bien nos fijamos en un método común a las disciplinas más exitosas, bien nos fijamos en el tipo de resultados que alcanzan dichas disciplinas. Como ya se ha dicho, la multiplicidad y variedad de métodos empleados por las disciplinas exitosas hace poco recomendable reconducir todas ellas a un mismo método, por lo que la alternativa más plausible parece encontrarse en el tipo de resultados que alcanzan las disciplinas más prestigiosas. Por tanto, para calificar una disciplina como científica aquélla debe alcanzar (o intentar alcanzar) resultados similares a los disciplinas más exitosas.

Podría, no obstante, pensarse que se trata de dos criterios de cientificidad diferentes: la capacidad predictiva y la capacidad para modificar el mundo[12]. Se trata, sin embargo, de un mismo criterio observado desde dos puntos de vista diferentes: si nos podemos fiar más de las disciplinas científicas es por el tipo de resultados que alcanzan (o, al menos, que intentan alcanzar), esto es, por su capacidad de realizar predicciones sobre hechos o eventos futuros. Dicho de otro modo: las disciplinas que han gozado y gozan de mayor reconocimiento social disfrutan de aquél porque son aquéllas que permiten realizar un mayor número de actividades prácticas, pero dichas actividades prácticas pueden ser llevadas a cabo precisamente porque dichas actividades —la construcción de aviones o la creación de vacunas— presuponen disciplinas con una fuerte capacidad predictiva.

Desde el anterior punto de vista, parece posible seguir planteando la tesis de la unidad del conocimiento científico como una cuestión epistemológica relativa al tipo de resultados que pretenden alcanzar tales disciplinas, pero no como una cuestión relativa al método de las disciplinas. De este modo, afirmar que la dogmática jurídica debe ser una disciplina científica no implica necesariamente que aquélla deba adoptar el mismo método que las disciplinas científicas maduras, pero sí que debe intentar alcanzar resultados similares: generar explicaciones con capacidad predictiva. Con ello no quiero decir todavía que la ciencia jurídica deba ser una disciplina científica —eso es otra cuestión— pero sí que no se trata de una cuestión irrelevante, y que si fuera recomendable que fuese científica, ello no implicaría adoptar los métodos de las ciencias empíricas maduras, sino sólo que tal ciencia jurídica intente realizar predicciones sobre comportamientos futuros.

No obstante, desde un punto de vista diferente, podría argumentarse que, si las disciplinas científicas se caracterizan por ser útiles para llevar a cabo actividades prácti-

[12] Esta ambigüedad me fue señalada por ambos evaluadores de este trabajo.

cas, entonces la dogmática interpretativa que defiende SCHIAVELLO sería una candidata ideal para formar parte de las disciplinas científicas. Ello porque, se podría sostener, la dogmática jurídica sirve para producir cambios en el derecho y, de consecuencia, en la sociedad[13].

Existen, sin embargo, todavía algunas buenas razones para no considerar a la dogmática jurídica así entendida como una disciplina de carácter científico desde este punto de vista. Para entender la primera razón es preciso, en primer lugar, aclarar la relación entre conocimiento científico y conocimiento técnico. He sostenido que el conocimiento científico es aquél que permite llevar a cabo actividades prácticas que si careciéramos de tal conocimiento sería imposible realizar, justamente porque este conocimiento tiene una importante fuerza predictiva (o, al menos, intenta tenerlo). El conocimiento científico es, por tanto, aquel conocimiento que presuponemos para llevar a cabo actividades de tipo técnico como construir aviones o generar vacunas[14]. Ahora bien, el conocimiento técnico de un ingeniero aeronáutico no debe ser confundido con el conocimiento científico del estudioso de física, el cual es presupuesto por quien diseña aviones[15]: una cosa es saber qué materiales debo utilizar para el fuselaje de un avión, y otra las leyes de la física sobre la presión.

Pues bien, la dogmática jurídica es considerada, por quienes defienden un modelo interpretativo, como una disciplina práctica. Creo que, sin entrar en demasiadas disquisiciones, por «disciplina práctica» podemos entender aquélla que no pretende responder a la pregunta sobre cómo es el mundo sino a aquélla sobre cómo debe ser (o qué debemos hacer). Ello, además, en un sentido no meramente técnico o instrumental sino de carácter normativo en sentido fuerte; es decir, no sólo cuáles son los medios idóneos para alcanzar un determinado fin, sino cuáles son los fines que hay que perseguir. En este sentido, se podría descartar la idea de que la dogmática interpretativa sea una ciencia, justamente por ser una disciplina práctica que no genera conocimiento disponible para otra disciplina, ya que ella misma, suele sostenerse[16], es un conocimiento aplicado (más parecido, por tanto, a la pintura que a la biología)[17].

---

[13] Abordo esta tesis precisamente porque me fue sugerida por uno de los evaluadores anónimos de este trabajo. Aquél consideraba que la noción de cientificidad que utilizo es contradictoria, aportando como prueba o indicio precisamente este argumento.

[14] *Vid.* BRONCANO, 2000, 91. Desde un punto de vista pragmatista, se podría afirmar que la única forma de probar que estamos frente a conocimiento científico es si podemos aplicar aquél en alguna tarea práctica. No se trata de sustituir la noción de verdad por aquella de confirmación, sino que la mejor forma de probar la verdad de una teoría científica sería, desde este punto de vista, que aquélla sea confirmada por su empleo en la construcción de un artefacto técnico que funciona. Si tenemos en cuenta la imposibilidad de resolver el problema de la inducción, aquél del funcionamiento práctico parece un excelente criterio de confirmación. No obstante, no se puede garantizar desde este punto de vista que el funcionamiento del artefacto no está basado en una casualidad en lugar de en una relación causal.

[15] BRONCANO, 2000, 86 y ss.

[16] *Vid.* RUIZ MIGUEL, 2012, y ATIENZA, 2014.

[17] Existen, en este sentido, al menos dos importantes diferencias entre las disciplinas técnicas (o tecnológicas) como la aeronáutica o la medicina y la dogmática jurídica interpretativa. La primera de ellas consiste en que, mientras que nadie pone en cuestión cuándo una propuesta técnica tiene éxito —cuando el avión vuela o cuando la persona se cura— porque disponemos de criterios compartidos para determinar el éxito en tales disciplinas, ocurre precisamente lo contrario cuando hablamos de la dogmática jurídica. ¿Cuándo estamos frente a una buena construcción dogmática? ¿Cuando resulta persuasiva? ¿Cuando alcanza la respuesta correcta? ¿Cuando está bien justificada? En tal sentido, la dogmática se parece más a la cocina que a la medicina, puesto que el éxito de una propuesta dogmática no depende de criterios objetivos sino de preferencias subjetivas.

Cabría, no obstante, preguntarse si la dogmática puede ser considerada como un conocimiento necesario para quien pretende cambiar el derecho y/o la sociedad y, en este sentido, indirectamente como una disciplina científica. No obstante, también debemos descartar esta idea, por dos razones ulteriores.

En primer lugar, si lo que pretendemos es cambiar el derecho, para lograr tal objetivo, antes que recurrir a la dogmática interpretativa, lo que debemos es informarnos acerca de cuáles son los medios idóneos para influir en las opiniones de los legisladores y/o de quienes aplican el derecho, esto es, de quienes cambian el derecho. La dogmática interpretativa no constituye un conocimiento necesario para cambiar el derecho, sino que nos dice en qué sentido debe ser modificado aquél. Ello salvo que admitamos que siempre triunfa la solución correcta (lo que parece una ingenuidad).

En segundo lugar, si lo que pretendemos es cambiar la sociedad a través del derecho, tampoco la dogmática interpretativa resulta de demasiada utilidad. Es decir, si lo que pretendemos es determinar cómo o en qué manera debemos modificar el derecho para producir cambios sociales, la dogmática interpretativa tampoco es una disciplina relevante. La razón es que para modificar la sociedad no basta con establecer cuál es la respuesta correcta jurídicamente (que sería, me parece, el objetivo de la dogmática interpretativa), sino que tenemos que conocer cuáles son los mecanismos sociales que hacen que las personas modifiquen su comportamiento, y cómo ello permite generar cambios en toda la sociedad. Desde luego, hay disciplinas jurídicas como la sociología del derecho, el análisis económico del derecho (al menos, una determinada forma de cultivar este último) o un análisis de tipo instrumentalista como el que alguna vez sugirió SUMMERS (SUMMERS, 1971), que sí constituyen un conocimiento necesario para cambiar la sociedad. Ahora bien, la dogmática interpretativa no analiza cuáles son los factores que motivan el comportamiento humano, lo que parece condición necesaria para intentar modificar la sociedad. La dogmática interpretativa tampoco parece ser pues una disciplina científica en este sentido.

3. LA PRACTICIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA

La segunda idea de SCHIAVELLO que quiero comentar se refiere a la practicidad —o, si se prefiere, a la normatividad de la ciencia jurídica, en uno de sus posibles significados— de la dogmática jurídica. En una línea similar a sus anteriores argumentos, SCHIAVELLO defiende la existencia de un vínculo entre el carácter práctico del propio derecho, y el carácter práctico de la dogmática jurídica. Dicho sintéticamente: si el

---

La segunda diferencia entre disciplinas como la dogmática y las ingenierías es que, como apuntó en su momento ATIENZA (ATIENZA, 1986), las tecnologías como la medicina o la aeronáutica presuponen conocimientos científicos mientras que las técnicas no. En este sentido, cabría preguntarse genuinamente si la dogmática jurídica presupone algún tipo de conocimiento científico, aunque *prima facie* no parece que se pueda identificar ninguno.

No obstante, se trata de dos criterios diferentes, siendo posible que haya disciplinas que presupongan conocimientos científicos pero en las que no existe un criterio claro de éxito, pero también al contrario. Piénsese, por ejemplo, en la arquitectura que presupone conocimiento científico pero cuyas condiciones de éxito no son claras; o, al contrario, la técnica de construir barricas o cubas, que no presupone conocimiento científico pero cuyas condiciones de éxito parecen claras. He defendido tesis similares en NÚÑEZ VAQUERO, 2014.

derecho es un instrumento de carácter práctico para motivar la conducta que ofrece razones para la acción, entonces la ciencia jurídica debe ser una disciplina práctica (SCHIAVELLO, 2014: 199).

SCHIAVELLO nos ofrece dos argumentos para justificar la tesis según la cual la ciencia jurídica es y/o debe ser una disciplina de carácter práctico. El primero de ellos es de carácter teórico y afirma que la ciencia jurídica debe ser práctica porque tiene que dar cuenta del punto de vista de los participantes (SCHIAVELLO, 2014: 198). En segundo lugar, aporta un argumento de carácter normativo según el cual una ciencia jurídica no práctica sería irrelevante y/o ideológica (SCHIAVELLO, 2014: 199). Analicemos cada uno de ellos separadamente.

3.1. El argumento teórico

El primer argumento es de carácter teórico: la dogmática jurídica (SCHIAVELLO, 2014: 198), no puede no ser una disciplina práctica porque tiene que dar cuenta del punto de vista interno de la práctica jurídica.

En efecto, parece plausible afirmar que no es posible determinar el contenido del derecho (objetivo de la dogmática jurídica, según SCHIAVELLO, 2014: 201), sin tener mínimamente en cuenta las creencias de los participantes. Ahora bien, prácticamente nadie ha prescindido completamente del punto de vista interno de los participantes: ni siquiera Jerome FRANK, y menos aún Vilhelm LUNDSTEDT[18], como sugiere SCHIAVELLO (SCHIAVELLO, 2014: 200). Lo que sucede es que no sólo hay diferentes grados de compromiso o de punto de vista interno, como afirma SCHIAVELLO (SCHIAVELLO, 2014: 198), sino que también existen diferentes formas en las que se puede dar cuenta de dicho punto de vista interno.

Supongo que la teoría jurídica ha discutido tanto esta cuestión que no merece la pena detenerse demasiado en ella[19]. No obstante, debo confesar que me sigue pareciendo igualmente extraño negar que del mismo modo que podemos dar cuenta de qué es un partido de fútbol sin correr en calzones cortos por un campo o ser hincha[20], tam-

[18] Merece la pena señalar que esta fue precisamente la estrategia o el principal objeto de estudio de autores como Vilhelm LUNDSTEDT o Jerome FRANK. En efecto, el realismo de ambos proviene precisamente de la constatación de que lo más importante cuando se estudia el derecho es precisamente el punto de vista interno de los juristas. Sin embargo, dicho punto de vista interno era bien sumamente indeterminado (para FRANK) (FRANK, 2009), bien directamente pernicioso (para LUNDSTEDT) (LUNDSTEDT, 2014), por lo que resultaba necesario no adoptarlo en primera persona, sino describirlo en tercera persona. Antes que ignorar el punto de vista interno del derecho, estos estudiosos dedicaron todas sus investigaciones a aquél.

[19] Me limito a citar uno de los artículos más relevantes sobre la cuestión: BULYGIN, 1991.

[20] Uno de los evaluadores de este trabajo calificó esta analogía como falsa. Sin embargo, me cuesta imaginar en qué sentido dicha analogía sería falsa (a menos que se considere que no hay de hecho ninguna similitud entre ambas prácticas, lo que no creo que sea el caso). Creo, por el contrario, que se trata de una analogía plausible en la medida en que se trata de prácticas en las que los participantes muestran un alto grado de compromiso. Si sigue sin parecer plausible la analogía, se pueden utilizar otras: ¿es acaso necesario creer en Dios para dar cuenta de la práctica religiosa, o para saber que la doctrina de la Iglesia católica condena el aborto o el suicidio?

Se podría afirmar, por otro lado, que lo que podemos conocer de este modo son sólo los casos fáciles. No obstante, los casos fáciles, según el otro evaluador, serían sólo la cristalización de la solución de un caso difícil. Por tanto, el tipo de conocimiento necesario para conocer los casos difíciles tendría (algún tipo de) preferencia sobre el método para conocer los casos fáciles. Sin embargo, esta tesis, según la cual para conocer la solución

bién es posible dar cuenta del contenido del derecho sin participar de él ni sentirnos comprometidos de ningún modo con su bondad u obligatoriedad. ¿Es necesario haber sido víctima del terrorismo para entender aquél? ¿Hace falta participar o ser víctima de la mafia para saber en qué consiste? Creo que negar esto nos lleva a conclusiones contraintuitivas, como que tengamos que dejar de hablar de todo aquello de lo que no participamos comprometida y activamente en primera persona.

No se trata, claro está, de ignorar que hay participantes ni de limitarse a constatar que existen sujetos que adoptan la posición del participante, como SCHIAVELLO parece imputar a todos los autores que no adoptan el punto de vista del participante en primera persona (SCHIAVELLO, 2014: 198). Antes bien, la alternativa consiste en explicar y tener en cuenta cómo razonan y cuáles son las creencias de los participantes, sin por ello dar por buena su descripción o comprensión sobre que están haciendo tales participantes, sobre qué es el derecho o sobre su contenido[21].

Por supuesto, alguien nos podrá decir que la descripción sobre el contenido del derecho de un no participante no es igual de buena que la explicación de un participante, de alguien que se siente comprometido con la práctica. Sin embargo, ello va a depender de qué consideremos una buena exposición de cuál es el contenido del derecho. Si bien se pueden dar amplias y sofisticadas respuestas, lo cierto es que no parece que se pueda dar una de carácter definitivo, al menos desde la teoría, a este último interrogante: ¿es mejor una descripción del contenido del derecho basada sólo en reglas que una que incorpore el uso de principios? ¿No será mejor describir sencillamente que soluciones derivan los jueces de los materiales normativos?

Preguntas como estas no tienen respuesta desde el punto de vista teórico, sino que, como nota el propio SCHIAVELLO (SCHIAVELLO, 2014: 211), se trata de preguntas prácticas. ¿Cuáles son los objetivos de investigación que consideramos valioso perseguir? ¿Para qué queremos una dogmática jurídica?[22]. Ahora bien, del hecho de que sea una

---

de los casos difíciles es preciso adoptar en primera persona el punto de vista del participante, presupone que en los casos difíciles *ya* hay una respuesta correcta. Sin embargo, más bien parece que la respuesta al caso difícil debe ser creada o, si se prefiere, construida. Lo que desde un punto de vista no interno se puede hacer en estas situaciones es dar cuenta de que no hay todavía solución, sino varias propuestas de solución en conflicto. Es más, se pueden también ensayar o sugerir hipótesis sobre posibles respuestas, pero no por ello es necesario comprometerse con ninguna de ellas.

[21] Tampoco el argumento de la mayor distancia entre sujeto y objeto de estudio en las ciencias empíricas parece demasiado plausible. Para darse cuenta de ello basta con percatarse de que los científicos de las disciplinas maduras son muy conscientes de que trabajan en condiciones ideales y que, cuando no lo hacen, su observación puede modificar el objeto de estudio (como sucede, por ejemplo, en la zoología).

[22] Se trata, nótese, de una pregunta diferente a si es mejor un derecho compuesto exclusivamente por reglas o por reglas y principios, o cualquier otra similar acerca de cómo debe ser el derecho. La pregunta aquí es también práctica, pero diferente: ¿qué tipo de investigación es deseable que lleven a cabo los estudiosos del derecho? Hay que señalar que no habría contradicción alguna en decir que preferimos un derecho compuesto eminentemente por principios pero que, para garantizar un conocimiento lo más exacto posible de cómo están utilizando los tribunales dichos principios, es preferible una ciencia jurídica dedicada a dar cuenta asépticamente de cómo están decidiendo los tribunales y a describir el derecho vigente. Cosa diferente es que alguien piense que es mejor un derecho compuesto eminentemente por principios y, además, que la dogmática jurídica debe dedicarse a establecer cuál es el contenido del derecho según los principios del ordenamiento, siendo este último aquél que debería aplicar los tribunales. Pero hay que subrayar que de la primera tesis no se sigue la segunda. Para que la segunda tesis estuviera justificada habría que añadir algún otro argumento de carácter práctico, como que es positivo o moralmente correcto que los dogmáticos se dediquen a publicar artículos acerca de cuál es la interpretación correcta de dichos principios.

pregunta práctica no se sigue la superioridad de la aproximación interpretativa (SCHIAVELLO, 2014: 211), ni que la ciencia jurídica deba asumir el punto de vista interno o del participante, ni tampoco que deba intentar modificar la práctica del derecho. Se sigue únicamente que hay que dar razones prácticas para decidir qué tipo de dogmática jurídica cultivar, pero no que la dogmática jurídica deba ser práctica.

Lo que es importante subrayar es que diferentes concepciones o modelos de ciencia jurídica, en los que se asumen diferentes «puntos de vista», persiguen en realidad objetivos de investigación diferentes[23]: qué dice el derecho según su interpretación convencional, qué debería decir a la luz de sus principios o qué es lo que creen los jueces que dicen. Se trata, me parece, de preguntas y objetivos de investigación diferentes, tradicionalmente agrupados bajo etiquetas como «doctrina», «ciencia del derecho» o «dogmática jurídica», pero que implican diversos objetivos de investigación. Pero de aquí de ningún modo, insisto, se sigue que haya que adoptar una posición comprometida con el punto de vista del derecho, sino que hay que decidir, aduciendo razones normativas, si vamos o no vamos a adoptar tal punto de vista. Decir que la ciencia del derecho debe adoptar el punto de vista del participante porque es una disciplina eminentemente práctica es, nuevamente, resolver un problema práctico (qué deben hacer los estudiosos del derecho) mediante un argumento teórico o conceptual (qué es la ciencia jurídica).

Así pues, no podemos decir que la ciencia jurídica es o debe ser una disciplina práctica porque tiene que dar cuenta o asumir el punto de vista interno. En primer lugar, porque afirmar que sólo es posible el conocimiento asumiendo en primera persona el punto de vista del participante lleva a conclusiones claramente absurdas (sólo puede explicar qué es la mafia siendo mafioso, etc.). En segundo lugar, porque la adopción de uno u otro punto de vista dependerá —deberá depender— de cuáles son los objetivos de investigación que deseamos alcanzar. Volveré sobre este último punto más adelante (*infra* 4.2).

3.2. El argumento normativo

Llegamos al segundo argumento, de carácter normativo, de SCHIAVELLO: la ciencia jurídica debe ser una disciplina práctica pues, en otro caso, bien sería irrelevante o bien sería ideológica. Para avanzar sobre este argumento de SCHIAVELLO es necesario recordar qué debemos entender por «disciplina práctica». Como ya sabemos, por «disciplina práctica» podemos entender aquélla que no pretende responder la pregunta sobre cómo es el mundo sino a aquélla sobre cómo debe ser (o qué debemos hacer). Ello, recordemos, en un sentido no meramente técnico o instrumental sino de carácter normativo en sentido fuerte: trata de responder —antes que a la pregunta acerca de cuáles son los medios idóneos para alcanzar un fin, intenta responder— a la pregunta cuáles son los fines que hay que perseguir.

Pues bien, la tesis de que una disciplina de carácter no práctico es irrelevante, como he tratado de explicar en alguna otra ocasión (NÚÑEZ VAQUERO, 2010), es senci-

[23] De nuevo, me permito remitir a dos trabajos míos: NÚÑEZ VAQUERO, 2013 y 2014.

llamente errónea. En efecto, del mismo modo que nos resulta de lo más relevante saber qué tiempo va a hacer para decidir si realizamos una excursión al campo durante el fin de semana, igualmente lo es saber cómo están decidiendo los jueces un determinado tipo de controversia, cuáles son las interpretaciones dominantes en la dogmática, o qué valor le atribuye el Tribunal Europeo de Justicia a las directivas comunitarias. Es decir, una serie de datos que responden a la pregunta sobre cómo es el mundo que parecen resultar de lo más relevantes (*vid. supra*, 2.1). Debemos por tanto descartar esta tesis.

La segunda crítica de SCHIAVELLO sostendría que una disciplina que se presente como neutral es una disciplina ideológica en el sentido de que sería imposible mantener una aproximación neutral a la hora de hacer ciencia jurídica. Se trata, de nuevo, de argumentos ya conocidos sobre los que no es preciso volver. Sin embargo, no me resisto a seguir preguntando qué tiene de no neutral o ideológico presentar cuáles son los criterios de admisión a trámite de los recursos presentados en el Tribunal Constitucional, qué se desprende de la interpretación literal del Código Penal o cuáles son las interpretaciones convencionales o vigentes de los enunciados normativos.

SCHIAVELLO (SCHIAVELLO, 2014: 210) ofrece además un argumento de viejo sabor iusanalítico italiano (SCARPELLI, 1997): si elijo el concepto de derecho, entonces la disciplina no puede ser neutral (y, se podría concluir, menos aún científica). Pero este argumento parece extraño: si un patólogo se concentra en la forma de reproducción del virus del VIH en lugar de en su transmisión, ¿deja por ello de ser su estudio científico, convirtiéndose en ideológico? Lo que es —mejor dicho, podría ser— ideológico es la elección de qué tipo de investigación queremos llevar a cabo. Ahora bien, del hecho de que yo tenga que tomar una decisión sobre a qué tipo de investigación quiero dedicar mis esfuerzos no se sigue que mi investigación haya dejado de ser neutral o que no puede ser científica.

Es preciso señalar que no estoy sosteniendo que la simple lectura de los enunciados normativos (interpretación literal) permita establecer cuál es *el* contenido del derecho, entendiendo por este último aquel conjunto de normas que deben ser aplicadas por los tribunales: lo que «auténtica» y «realmente» dice el derecho, y que sería obligatoria para los jueces. Una posición formalista como esta es tan comprometida como la que mantiene la dogmática interpretativa de SCHIAVELLO. Antes bien, lo que sostengo es que es posible presentar qué se desprende (o cuáles soluciones se desprenden) del derecho a la luz de sus principios, según su interpretación convencional o cómo deciden los tribunales[24], sin incurrir en ningún compromiso práctico[25]. Si luego el dogmático afirma que este es el *auténtico* derecho que debe ser aplicado por los tribunales es

[24] Ello por supuesto no implica que dichas tareas carezcan de dificultades y que en ocasiones, por ejemplo, no esté claro qué se deriva de la interpretación convencional o de la literal, o que no esté claro qué han decidido los tribunales.

[25] Imaginemos un estudioso que trata de dar cuenta de cuál ha sido la jurisprudencia de los tribunales en un ordenamiento jurídico en materia de prostitución, tomando todas las razones que han sido empleadas por las diferentes partes, y realizando una proyección respecto a cómo decidirán aquellos mismos tribunales en el futuro. Nuestro hipotético estudioso llega a la conclusión de que los tribunales tendrán una opinión más restrictiva en relación a la prostitución. Pues bien, dicha posición es perfectamente compatible tanto con el rechazo del futuro panorama que se dibuja como con su celebración. Es decir, es posible que el mismo estado de cosas futuro descrito sea considerado, desde un punto de vista ético, como reprobable o como algo que celebrar. Pero si es compatible tanto con una como con la otra posición, entonces es que no existe compromiso

cosa diferente, y supone el compromiso del estudioso del derecho. Pero, hasta donde alcanza mi conocimiento, presentar o exponer tales cuestiones no implica nada acerca de su aceptación o rechazo, siendo compatible con cualquiera de las dos posiciones. Ello incluso aunque fuera necesario adoptar, a título de hipótesis, el punto de vista del participante[26].

4. LA DOGMÁTICA JURÍDICA INTERPRETATIVISTA

Llegamos así a la última tesis de SCHIAVELLO que analizaré: la ciencia jurídica es y debe ser una disciplina interpretativa. Lo primero que hay que aclarar al respecto es algo que el propio SCHIAVELLO no siempre deja claro; en particular, que hace uso del adjetivo «interpretativo» en relación a la expresión «ciencia jurídica» en dos sentidos diferentes (SCHIAVELLO, 2014: 205). El primero de ellos es para hacer referencia a que el concepto de ciencia jurídica sería un concepto interpretativo, es decir, desde el punto de vista de la meta-teoría de la ciencia jurídica (SCHIAVELLO, 2014: 207). El segundo uso hace referencia a una forma particular o concreta de hacer ciencia jurídica, es decir, como tesis normativa sobre qué tipo de dogmática jurídica es preferible. SCHIAVELLO defiende ambas: aquel de «ciencia jurídica» sería un concepto interpretativo, y la mejor manera de hacer ciencia jurídica sería de forma interpretativa (SCHIAVELLO, 2014: 208).

4.1. ¿Es interpretativo el concepto de «dogmática jurídica»?

Abordaré en primer lugar la tesis teórica según la cual el concepto de «dogmática jurídica» es un concepto interpretativo. Pero, ¿qué entiende exactamente SCHIAVELLO por «dogmática jurídica»? Respuesta: «Todos los discursos "de aquéllos que se ocupan de someter a investigación, por motivos 'científicos' el contenido de sectores concretos de un específico ordenamiento jurídico positivo"» (SCHIAVELLO, 2014: 201).

A continuación, es preciso preguntarse qué está entendiendo SCHIAVELLO por «concepto interpretativo». Siguiendo GALLIE a través de DWORKIN, SCHIAVELLO presenta cinco características de los conceptos esencialmente controvertidos, concepto matriz del que derivaría aquel de «concepto interpretativo»: 1) son conceptos que explicitan el valor de una actividad considerada valiosa, y que vinculan dicho valor con dicha actividad; 2) la actividad debe ser compleja y articulada; 3) tales conceptos deben tomar en cuenta los diferentes aspectos de dicha actividad; 4) el concepto debe

---

con ninguna de las dos, ni compromiso en la descripción de la práctica acerca de la calificación que debe recibir la prostitución.

Lo mismo se puede decir respecto si el estudioso tratase de dar cuenta de las posibles soluciones que se podrían derivar con base en los enunciados normativos y los principios del ordenamiento. Nuestro estudioso podría sencillamente dedicarse a dar cuenta de cuáles son las diferentes soluciones que se pueden derivar de aquéllos. Pero ello, nuevamente, no implica que se comprometa con ninguna de las soluciones posibles.

[26] Para constatarlo parece suficiente con pedirle a un neoconstitucionalista que intente imaginar qué diría un formalista sobre una parte del derecho, o viceversa. No veo ninguna razón por la que dicho experimento no sea posible y, por el contrario, es algo que los juristas, especialmente los abogados, realizan constantemente, adoptando sencillamente aquella tesis más beneficiosa para sus clientes.

soportar cambios significativos de la práctica, y 5) su uso presupone la conciencia de que son posibles usos diferentes de tal concepto.

Lo que corresponde en este momento es ver si, efectivamente, el concepto de dogmática jurídica que nos ofrece SCHIAVELLO cumple las características que predica sobre los conceptos interpretativos o esencialmente controvertidos. Pues bien, no está claro cómo el concepto de dogmática de SCHIAVELLO satisface la primera y la última de las cinco propiedades recién presentadas.

Respecto de la primera propiedad (1) —el concepto debe explicitar el valor de la práctica— no se ve cómo el concepto de dogmática jurídica de SCHIAVELLO satisfaría tal condición. A lo sumo, se podría intuir que el concepto de dogmática jurídica explicita el valor de la neutralidad («por razones "científicas"»), pero mucho me temo que no es eso lo que tiene en mente SCHIAVELLO.

Más problemática todavía resulta predicar la quinta propiedad del concepto de dogmática jurídica de SCHIAVELLO: el uso del concepto de ciencia jurídica presupondría la conciencia de que son posibles usos alternativos. Bien visto, parece extraño afirmar que el concepto de «dogmática jurídica» sea interpretativo en este sentido, porque antes que diferentes usos del concepto, parece que estamos frente a diferentes especificaciones, concepciones o formas de hacer dogmática jurídica. En este sentido, el concepto de dogmática jurídica que nos ofrece SCHIAVELLO —recordemos: «Todos los discursos "de aquéllos que se ocupan de someter a investigación, por razones 'científicas' el contenido de concretos sectores de un específico ordenamiento jurídico positivo"» (SCHIAVELLO, 2014: 201)— antes que admitir diferentes usos, es un concepto «paraguas» que sirve para referirse a varias formas (no ya en las que usar el concepto de «dogmática jurídica», sino) en las que hacer ciencia jurídica. Pero ello no implica que se trate de un concepto interpretativo.

Si la expresión «dogmática jurídica», tal como la emplea SCHIAVELLO, permitiera usos diferentes y sirviera para hacer referencia a cosas diferentes, no siendo —como yo creo— un concepto de carácter general que sirve para referirse a actividades diferentes (concepto *versus* concepciones) pero también para excluir otras, entonces resultaría imposible discutir sobre qué modelo de dogmática jurídica hay que suscribir. No sería, entre otras cosas, posible rechazar un determinado modelo de dogmática jurídica, como hace SCHIAVELLO, sencillamente porque aquello que rechazamos no lo identificaríamos como un ejemplo de dogmática jurídica. Sin embargo, parece que sí disponemos de un concepto general «dogmática jurídica» que permite referirse a actividades heterogéneas: precisamente el concepto que nos presenta SCHIAVELLO es un excelente ejemplo de ello. Si la discusión acerca de qué modelo de dogmática jurídica es deseable, y no veo por qué no lo sería, entonces parece condición de dicha discusión que tengamos un concepto que nos permita identificar ciertas cosas como ejemplos de dogmática.

Tiene razón SCHIAVELLO al lamentarse de que la forma de entender la ciencia jurídica del iuspositivismo analítico italiano ha sido reductiva, pero ello no justifica convertir el concepto de ciencia jurídica en un concepto interpretativo. Si lo que queremos es un concepto de ciencia jurídica que nos sirva para delimitar el marco de aquellas investigaciones que se preguntan sobre qué hacen, qué pueden hacer, o qué deben

hacer quienes se ocupan de analizar el contenido del derecho, se necesita un concepto de «dogmática jurídica» más articulado y complejo, como afirma el propio SCHIAVELLO (SCHIAVELLO, 2014: 203). Pero, insisto, ello de ningún modo permite concluir que aquel de «dogmática jurídica» sea, o deba ser entendido como, un concepto interpretativo.

4.2. Sobre la (no) conexión entre método dogmático y concepto de derecho

Corresponde ahora someter a análisis la tesis de SCHIAVELLO según la cual la mejor forma de hacer dogmática jurídica es aquella interpretativa, es decir, el mejor modelo de dogmática jurídica es aquél que concibe el derecho como integridad.

Para abordar la cuestión, lo que hay que hacer es aclarar qué relación subsiste entre ciencia jurídica y concepto de derecho. Ello porque el propio SCHIAVELLO sostiene que hay que hacer ciencia jurídica interpretativa porque aquél de «derecho» sería un concepto interpretativo. A decir verdad, la relación que SCHIAVELLO establece entre ambas cosas no es del todo clara, básicamente porque afirma no querer profundizar en dicho concepto de derecho (SCHIAVELLO, 2014: 205). Lo que creo que sí se puede afirmar es que SCHIAVELLO defiende que la dogmática jurídica debe ser interpretativa justamente porque el derecho es, o debe ser entendido como, integridad. Es decir, como un concepto interpretativo y/o como una práctica interpretativa.

Aquí no voy a analizar el concepto de derecho como integridad o que implica el giro interpretativo en el sentido aclarado por SCHIAVELLO (SCHIAVELLO, 2014: 203-205). Antes bien, lo que haré será analizar, desde el punto de vista de la meta-teoría de la ciencia jurídica, cómo aborda SCHIAVELLO la cuestión, es decir, cómo justifica su elección por un determinado modelo de ciencia jurídica. En este sentido, la crítica que dirigiré contra SCHIAVELLO se podría dirigir también contra cualquier otro modelo de ciencia o dogmática jurídica que sea defendido o justificado mediante una estrategia argumentativa similar a la empleada por SCHIAVELLO: una que haga depender el modelo de ciencia jurídica de un determinado concepto de derecho. Por ello, no resulta necesario detenerse en el concepto interpretativo de derecho.

En efecto, tradicionalmente en el campo de la teoría de la ciencia jurídica se ha venido haciendo depender el modelo de ciencia jurídica de un determinado concepto de derecho. También aquí es el caso: para SCHIAVELLO la dogmática jurídica debe ser de carácter interpretativo precisamente porque aquél de derecho es un concepto interpretativo. Es decir, se hace depender el modelo o concepción de ciencia jurídica que se debe adoptar de una definición del concepto de derecho. Esta última idea es precisamente la que ha llevado a muchos autores a afirmar que el método depende del objeto de estudio.

Sin embargo, ello no parece una buena idea. Para entender la razón, lo primero que hay que señalar es que un mismo objeto de estudio admite muy diferentes formas de estudiarlo. Frecuentemente se afirma que el método depende del objeto porque se presupone que hay algunas características del objeto que determinan cómo tenemos que estudiarlo. Ahora bien, los objetos tienen infinitas características: pueden ser mirados desde diferentes puntos de vista, siendo el observador el que determina las

características relevantes. Ninguna de dichas propiedades tiene algún tipo de preferencia sobre el resto, sino que dicha preferencia es establecida precisamente por quienes analizan o estudian el objeto.

Cuando definimos el derecho, o cualquier otra cosa, lo que hacemos es considerar como relevantes ciertos aspectos o propiedades, descartando todas las demás. Pero para poder seleccionar tales propiedades relevantes, necesitamos una tesis de relevancia. El problema es que la literatura teórico-jurídica ni siquiera se pone de acuerdo acerca de cuáles son los criterios para establecer cuáles son las propiedades que debería cumplir nuestra mejor definición del concepto de derecho (tesis de relevancia).

Sospecho que el problema tiene su origen en una mala teoría de los conceptos; en concreto, en la idea de que los conceptos tienen un poder explicativo autónomo más allá de las teorías en las que ellos se inscriben (o que podemos elegir entre diferentes conceptos independientemente del marco teórico en el que se inscriben). Sin embargo, los conceptos no son entidades que flotan en el mundo abstracto ni tienen autonomía explicativa. Los conceptos, aunque no son los únicos, son los instrumentos que forman o constituyen las teorías y nuestras empresas prácticas (en sentido amplio[27]), y carecen de utilidad o relevancia más allá de aquéllas. Desde este punto de vista, no podemos preguntarnos cuál es el mejor concepto de derecho si no respondemos antes a la pregunta de para qué queremos un concepto de derecho[28]. En este sentido, si bien un buen concepto de derecho (o de cualquier otra cosa) debe cumplir con diferentes requisitos —no estar basado en asunciones falsas, no ser innecesariamente complejo, etc.—, tal concepto debe ser sobre todo útil en el marco teórico en el que se inserta. Es decir, dentro de una teoría explicativa o normativa que pretende describir el mundo o realizar propuestas para cambiarlo, deberemos adoptar uno u otro concepto de «derecho».

Por tanto, no podemos decir que el objeto determina el método, o que por el hecho de ser interpretativo el concepto de «derecho» debe serlo también la ciencia jurídica. Antes bien, para determinar qué concepto de derecho emplear, se debe decidir previamente qué tipo de investigación se desea llevar a cabo. Para justificar tanto el concepto de «derecho» como el método de estudio a emplear, lo que tengo argumentar es qué objetivos de investigación voy a perseguir, con qué método, y por qué sería valioso perseguir tales objetivos de investigación. En caso contrario, estaríamos resolviendo un problema práctico —qué tipo de dogmática deberíamos desarrollar— mediante una definición, lo que no parece muy buena idea. Por tanto, SCHIAVELLO está poniendo la carreta delante de los bueyes.

---

[27] Es decir, incluyendo tanto aquella empresa en el que tratamos de establecer, mediante un razonamiento del tipo medios-fines, los instrumentos necesarios para alcanzar un determinado objeto, como aquélla en la que nos preguntamos acerca de cuáles son los fines que debemos perseguir (o qué debemos hacer en un sentido ético-político o moral).

[28] Afirmar que el mejor concepto de derecho para la dogmática es un concepto, en términos dworkinianos, doctrinal —como sugirió uno de los evaluadores anónimos— tiene el problema de que presupone precisamente la respuesta a la pregunta sobre cuáles deben ser los objetivos de la ciencia jurídica. A menos, claro está, que se considere que hay múltiples conceptos doctrinales de derecho pero, en ese caso, entonces se vuelve a reproducir el problema acerca de cuál de todos ellos hay que seleccionar: aquél según el cual son verdaderas las proposiciones normativas que reflejan la intención del legislador, las proposiciones normativas que reflejan el valor de la integridad, las proposiciones normativas que dicen cómo decidirán los jueces, etc. Pero, obviamente, para elegir entre aquéllos tengo que decidir primero qué tipo de investigación quiero llevar a cabo.

No obstante, se podría sostener que, al tratarse el derecho de una práctica de naturaleza interpretativa, entonces la dogmática jurídica debe ser necesariamente interpretativa[29]. Creo que hay que deshacerse inmediatamente de razonamientos como el anterior que apelan a la supuesta naturaleza del objeto de estudio. Dicho de manera clara y directa: no existe nada en el mundo como la «naturaleza de las cosas», y no en este caso una supuesta «naturaleza» del derecho. Lo único que existe, desde este punto de vista, son atribuciones de supuestas naturalezas por parte de quien analiza el objeto de estudio, pero las «naturalezas» o «preferencias» de determinadas propiedades son el resultado de elecciones epistémicas de quien lo estudia, no una propiedad ontológica[30].

Pero, incluso aunque el derecho tuviera una naturaleza, y esta fuera interpretativa o justificativa (o que el mejor concepto de derecho fuese el interpretativo), sería necesario argumentar y justificar por qué la ciencia jurídica debe participar en la práctica jurídica, y no permanecer al margen de aquélla. Es más, incluso aunque se admitiera que el derecho se sostiene desde valores morales, ello no implica que la dogmática jurídica deba entra en el juego de determinar cómo deben decidir los tribunales los casos[31]: podría, insisto, dedicarse a mostrar las respuestas posibles sin elegir ninguna de ellas como la respuesta realmente correcta, evaluando por ejemplo las consecuencias prácticas de cada una de ellas.

Por muy obvio que les parezca a algunos, la interpretativa es sólo una de las alternativas y, por tanto, es necesario justificarla. Hay, dicho de otro modo, que justificar normativamente por qué una dogmática interpretativa sería mejor para el mundo: porque hace que los jueces decidan mejor, porque hace que tengamos una comunidad jurídica más democrática, porque es un sano ejercicio de libertad de expresión, etc. Sostener que el derecho le suministra los objetivos, valores y métodos a la ciencia jurídica —a menos que se demuestre que hay una norma en el ordenamiento que obliga a los dogmáticos a elegir un determinado método u objetivo de investigación (que, hasta donde llega mi conocimiento, no está presente en ningún ordenamiento)— parece una afirmación carente de justificación.

5. UNA CRÍTICA FINAL AL MODELO INTERPRETATIVO DE DOGMÁTICA JURÍDICA

Quiero finalizar este comentario con una crítica, por decirlo de algún modo, más directa al modelo de ciencia jurídica interpretativa. Concuerdo con SCHIAVELLO en que el modelo triunfante de dogmática jurídica ha sido aquel del jurista creador, tanto en el plano de la teoría de la ciencia jurídica como entre los propios estudiosos del

[29] Este argumento, de manera ligeramente diferente a cómo lo presenta SCHIAVELLO, me fue planteado por uno de los evaluadores anónimos de la versión anterior de este texto.

[30] En el mejor de los casos, existen creencias de los participantes en una práctica acerca de la naturaleza de la práctica misma, pero nada garantiza que dicha creencia sea verdadera.

[31] Negar esta tesis sería como afirmar que no puedo hacer estudios de ciencia política porque la política es una actividad regida esencialmente por valores éticos. Dicho nuevamente mediante una analogía: es lo mismo que si pensáramos que hay que estudiar las religiones presuponiendo la existencia de Dios porque la práctica religiosa presupone la existencia de Dios.

derecho. Lo que temo, sin embargo, es que su éxito no haya sido tan positivo como SCHIAVELLO cree, por dos razones. La primera se refiere a la legitimidad moral o ético-política de este modelo de dogmática jurídica. La segunda tiene que ver con la relación entre las propuestas que desde esta dogmática se llevan a cabo y la realidad en la que aquéllas se inscriben.

5.1. Sobre la (falta de) legitimidad de la dogmática interpretativa

Para entender la primera crítica, en primer lugar, hay que aclarar que, cuando se asume o se propone un modelo de dogmática jurídica como el interpretativo, no se trata únicamente de que no nos estemos limitando a describir cuál es el contenido del derecho, como lo haría el biólogo que describe una célula. No es únicamente, por tanto, que los estudiosos busquen una respuesta que ya está en el derecho, y que sólo debería ser descubierta a través de un procedimiento más o menos escrupuloso.

Lo que este modelo interpretativo de ciencia jurídica invita a hacer a los estudiosos del derecho es a construir ellos mismos el derecho, mediante un procedimiento que sólo está delineado en términos generales[32] —la llamada teoría estándar de la argumentación— y que le permite un gran margen de creación y discrecionalidad. Dicho ámbito de creación discrecional debe ser cubierto no únicamente con los principios y valores del ordenamiento, sino con la que cada autor considere justificadamente que es la mejor interpretación posible de aquéllos. En otro caso, si no fuera necesario que el dogmático aportara algo propio a dicha tarea, si únicamente se requirieran los principios y valores del ordenamiento, la tarea del estudioso del derecho sería más similar a la del arqueólogo que excava hasta encontrar la respuesta que a la del constructor de buenas respuestas que SCHIAVELLO nos propone. O, dicho en términos más precisos, si los principios y valores ya nos dieran la respuesta jurídicamente correcta, la tarea sería puramente descriptiva, lo que no estaría dispuesto a admitir SCHIAVELLO. Por tanto, el papel de la dogmática jurídica interpretativa de SCHIAVELLO tiene una función creadora, no tanto porque invente respuestas *ex novo* (o introduzca normas que encuentran fundamento evidente en los textos normativos, cosa que también hace), sino, sobre todo, porque se dedica a ordenar y a jerarquizar los materiales jurídicos. Dichas ordenaciones y jerarquizaciones no están regidas por normas jurídicas ni por un método preciso (carente de normas vagas, antinomias y de lagunas de segundo orden), sino que están regidas, al menos en parte, por las preferencias ético-políticas de los estudiosos del derecho.

Pues bien, más allá de la debatida cuestión acerca de si nuestras discusiones prácticas tienen o no sentido, lo que parece poco discutible es que no existen expertos morales (tampoco estúpidos). Es decir, no hay ningún tipo de conocimiento que haga que nuestras decisiones morales o ético-políticas sean mejores desde un punto de vista sustantivo, es decir, de su contenido. Se podrá, desde luego, estar frente a decisiones

[32] Delineado únicamente en términos generales porque prevé un gran número de instrumentos, muy bien perfilados algunos, pero carece de meta-normas sobre la preferencia del uso de aquéllos. Dicho con un ejemplo, no hay reglas para saber si debemos emplear, frente a un caso difícil, el razonamiento a contrario o por analogía.

mejor y peor argumentadas, pero ningún tipo de conocimiento permite decir que el contenido de una decisión es mejor que otra por razón de ningún tipo de conocimiento experto[33]. Ni tampoco una respuesta mejor desde el punto de vista formal garantiza una mayor calidad de su contenido: una decisión perfectamente argumentada no tiene por qué ser, desde el punto de vista de su contenido, mejor que otra que carece de argumentación, ni viceversa.

Estando así las cosas, entonces hay que preguntarse para qué queremos una dogmática que busque orientar las decisiones judiciales. Si no podemos garantizar que las respuestas provenientes de la dogmática jurídica sean mejores respuestas desde el punto de su contenido moral o ético político: ¿para qué queremos una dogmática que oriente, mediante juicios ético-políticos, las decisiones de los jueces?

La cuestión no es sólo que este tipo de dogmática pueda carecer de legitimidad o de justificación suficiente para proponer soluciones sobre las cuales no hay razones para que sean mejores desde un punto de vista sustantivo. En el peor de los casos, se trataría sólo de un discurso bienintencionado que no genera ningún daño. El problema es que sí genera un daño. La dogmática, como bien afirma RUIZ MIGUEL (RUIZ MIGUEL, 2012), está revestida de una legitimidad social que hace que sus propuestas de construcción jurídica —no la simple descripción del derecho— cuenten como argumentos de autoridad. El resultado es que, voluntaria o involuntariamente, los dogmáticos interpretativos se aprovechan de su prestigio social para establecer cómo deben decidir los jueces o qué debemos hacerle decir a los textos jurídicos. Pero no hay razón por la que los jueces debieran hacer más caso a estos dogmáticos que a cualquier otro ciudadano informado cuando se trata de la construcción del derecho. Se trata, en resumidas cuentas, de una actividad de legislación subrogada. Sin embargo, debido a ese prestigio social, lo cierto es que las opiniones de los dogmáticos tienen una relevancia fundamental en la creación del derecho, sin que haya ninguna justificación evidente para ello.

Pero las cosas son, si cabe, un poco peores todavía. Una de las principales características de este tipo de dogmática es que es perfectamente capaz de derivar respuestas —por cierto, muchas veces contradictorias, partiendo supuestamente de los mismos puntos de inicio— para cualquier problema práctico. Adoptando un método que tiene claras similitudes con la filosofía moral subyacente al iusnaturalismo racionalista, ningún problema práctico escapa a su ámbito de conocimiento.

Esto podrá ser considerado incluso una virtud por parte de algunos autores, SCHIAVELLO incluido. Sin embargo, resulta de lo más discutible desde el punto de vista democrático. El problema es que no se dice que estas son sencillamente las opiniones de los dogmáticos, sino que se atribuyen al derecho tales opiniones, diciendo que es lo que el derecho nos requiere (y es debido hacer) o, en el mejor de los casos, lo que el derecho debería requerirnos de acuerdo a sus principios (y debemos ser coherentes). Ahora bien, si no existen expertos morales y las propuestas de solución provenientes de la dogmática jurídica no garantizan una mayor calidad (desde el punto de vista de su contenido), entonces tal vez se esté hurtando a las mayorías (legas en derecho) la decisión sobre problemas a los que este tipo de dogmática se estaría encargando de

[33] En caso contrario, nos veríamos obligados a revisar instituciones como la democracia.

dar respuesta por su cuenta. Nada escapa a una dogmática expansionista como esta que considera el derecho como integridad: ni la más nimia decisión hace falta que sea dejada al legislador democrático[34].

5.2. Sobre la (falta de) conexión con el conocimiento científico de la realidad

La segunda crítica al modelo interpretativo, o argumentativo, es similar a la que le dirigió JHERING a la dogmática conceptualista (JHERING, 1987). Es decir, del mismo modo que JHERING criticó a la dogmática conceptualista por haber perdido el contacto con la realidad en la que se aplicaban sus construcciones, algo parecido se puede decir de la dogmática interpretativa. A saber: encerrado en su torre de marfil, el dogmático interpretativo busca, incansable, la mejor respuesta posible según la mejor interpretación de los principios y valores constitucionales, sin preocuparse de qué es lo que sucede fuera de sus puertas. Como bien dijo una vez un defensor del modelo interpretativo, buscar la mejor respuesta es intentar hacer cuadrar todas las piezas, como hacer un crucigrama (PÉREZ BERMEJO, 2009, 41 y ss.).

El problema de este tipo de dogmática es que el conocimiento que tiene de la realidad, del lugar en el que se insertarán sus propuestas de solución, es sólo a través de la mirilla de su puerta: un pequeño agujero con cristal curvo que deforma la realidad. En lugar de salir a buscar el mejor conocimiento científico sobre la sociedad, la dogmática interpretativa se contenta con un conocimiento sólo de sentido común de la realidad (SCHIAVELLO, 2014: 195).

Si pese a todo se sigue considerando que la dogmática jurídica debe orientar las decisiones judiciales, en lugar de desairar a autores como FRANK o LUNDSTEDT, tal vez sería bueno volver sobre ellos para pensar en una dogmática más atenta a las consecuencias de las decisiones jurídicas que trata de orientar, capaz de insertar en el razonamiento jurídico el mejor conocimiento social disponible. Mucho me temo que esta dogmática interpretativa, tan honorablemente preocupada por los principios, ha dejado de lado el conocimiento científico de la realidad, conformándose con un conocimiento de sentido común sobre aquélla. Pero una dogmática que no tenga un conocimiento científico de la realidad en la que se inscriben sus propuestas será una dogmática ineficiente o directamente inútil.

Cabría preguntarse, ¿por qué debería la dogmática emplear el mejor conocimiento disponible en la dogmática jurídica? Si se supone que el derecho es un instrumento para la gestión de los conflictos de una sociedad, entonces sólo un conocimiento de esa misma realidad social podrá sugerir los medios idóneos para alcanzar determinados objetivos. Un conocimiento de la sociedad puramente de sentido común no permite adoptar los instrumentos idóneos para alcanzar objetivos porque no se conocen los mecanismos e instrumentos que permiten el cambio o la conservación de una parte de la sociedad: únicamente nos ofrece, con suerte, algunas buenas intuiciones.

---

[34] Este es precisamente el estilo de argumentación que también han adoptado los jueces de muchos Tribunales constitucionales, siendo auténticas aspiradoras de competencias, que ha llevado, al menos en parte, a la crisis de los sistemas de justicia constitucional.

En un mundo en plena crisis en el que los cambios sociales se suceden a una velocidad inaudita, tal vez sería mejor recuperar el estilo de dogmática basada en un conocimiento científico de la realidad, al estilo de FRANK o LUNDSTEDT, pero también de juristas como BRANDEIS o el *Grand Style* del que hablaba LLEWELLYN (LLEWELLYN, 1953). La torre de marfil en la que se han encerrado buena parte de los estudiosos del derecho, alentados por esta dogmática interpretativa, es tan alta que su visión de la realidad es cada vez más borrosa, y sus propuestas cada vez más inútiles.

6. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M., 1986: «Sobre la jurisprudencia como técnica social», *Doxa*, 3, 279-311.

— 2014: «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en Á. NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la ciencia jurídica*, Lima: Palestra, 13-51.

BOBBIO, N., 1997: *Autobiografia*, Roma-Bari: Laterza.

— 2007: «Diritto e scienze sociali», en *Dalla stuttura alla funzione*, Roma-Bari: Laterza, 31-47.

— 2011: *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino: Giappichelli.

BRONCANO, F., 2000: *Mundos artificiales*, México: Paidós.

BULYGIN, E., 1991: «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 169-193.

FRANK, J., 2009: *Law and the Modern Mind*, New Brunswick: Transaction Publishers.

GUASTINI, R., 2014: «El realismo jurídico redefinido», en Á. NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la ciencia jurídica*, Lima: Palestra, 87-114.

JHERING, R., 1987: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid: Civitas.

LLEWELLYN, K., 1953: *Belleza y estilo en el derecho*, Barcelona: Bosch.

LUNDSTEDT, V., 2014: «La jurisprudencia como ciencia», en Á. NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la ciencia jurídica*, Lima: Palestra, 161-202.

NINO, C. S., 1995: *Algunos modelos metodológicos de «ciencia jurídica»*, México: Fontamara.

NÚÑEZ VAQUERO, Á., 2010: «Algunos comentarios sobre un debate entre constitucionalistas y realistas», en *Analisi e Diritto*, 319-331.

— 2013: «Five Models of Legal Science», *Revus*, 2-23.

— 2014: «Ciencia jurídica: un mapa conceptual», en Á. NÚÑEZ VAQUERO, *Modelando la ciencia jurídica*, Lima: Palestra, 13-51.

PÉREZ BERMEJO, J. M., 2009: «Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre reglas *ad hoc* y *sub specie aeternitatis*», *Analisi e Diritto*, 11-60.

RUIZ MIGUEL, A, 2012: «Dogmática jurídica ¿ciencia o técnica?», en A. CABANILLAS SÁNCHEZ, (ed.), *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Madrid: Civitas, 5649-5680.

SCARPELLI, U., 1997: *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

SCHIAVELLO, A., 2014: «Algunos argumento a favor de una ciencia jurídica interpretativa», *Doxa*, 37, 193-217.

SUMMERS, R., 1971: «The Technique Element in Law», *California Law Review*, 59, 3, 733-751.

SOBRE INTERPRETACIONES POSIBLES DEL DERECHO Y DE LOS TEXTOS DE ENRIQUE P. HABA *

Juan Antonio García Amado

Universidad de León

RESUMEN. Juan Antonio García Amado y Enrique P. Haba debaten sobre la objetividad de la interpretación en un intercambio epistolar. Su debate se publica en los dos siguientes artículos. En el primero García Amado defiende una objetividad interpretativa negativa de acuerdo con la cual aunque no se puede sostener que exista una única interpretación correcta, sí puede afirmarse que existen interpretaciones imposibles.

Palabras clave: Interpretación jurídica, objetividad.

On Possible Interpretations of the Law and Texts of Enrique P. Haba

ABSTRACT. Juan Antonio García Amado and Enrique P. Haba debated on objectivity of legal interpretation in an exchange of letters. Their debate is published in the two following articles. In the first one, García Amado is committed to a negative interpretative objectivity to the extent that he consideres the just one correct interpretation claim unfounded but accepts that certain interpretations might certainly qualify as impossible.

Keywords: Legal Interpretation, objectivity.

* Fecha de recepción: 6 de marzo de 2015. Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2015.

Querido Enrique:

Es complejo y lleno de recovecos este documento en que comentas el debate entre Manolo y yo (M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2012, 138 pp.), tomando pie (con toda legitimidad y todo derecho, ni más faltaba) para hacer nuevo hincapié en tus críticas al pensamiento jurídico establecido y cultivado por los que somos aficionados al *storytelling,* en sus diversas variantes y grados, y para reiterar aspectos muy sustanciales de tu propia manera de entender lo jurídico y su teoría (y su práctica). No puedo o no me veo capaz de entrar en una consideración muy pormenorizada de las muchas ideas que apuntas en tu trabajo, sea en la parte de crítica o en la de propuesta y construcción. Así que, disculpándome, me detendré nada más que en algún que otro punto, bien porque se trate de discrepancias, bien porque me surjan problemas de comprensión de tu postura, o por ambas cosas.

1. Tomemos este escrito tuyo, «A revueltas con la *Storytelling*...»[1], y, si queremos jugar con una hipótesis más cerrada, supongamos que este artículo, amén de ser muy importante, constituyera toda tu obra iusfilosófica (bien sé yo de la amplitud e importancia de tus escritos, que debo de haber leído con provecho —¡aunque tú consideres que no con provecho suficiente!— en un mínimo del 90 por 100). Tú en el referido artículo dices una serie de cosas, algunas de las cuales yo comprenderé quizá con dificultad y otras de las cuales creo que entiendo muy bien, las comparta o no. Te pongo algún ejemplo, el más simple, de cosas que tú dices y cuyo sentido yo entiendo plenamente:

i) «Querido Juan Antonio: He leído íntegramente, y con toda atención (creo), el librito que tuviste la gentileza de mandarme» (primer párrafo de tu escrito)[2].

ii) También «en los discursos inspirados [...] como unos que, *mutatis mutandis*, tan bien ilustra el filme de Woody Allen, *The Purple Rose of Cairo*» (núm. 1)[3].

Verás enseguida por qué uso dos ejemplos tan sencillitos. Pues te pregunto: ¿puedo yo entender, sin que alguien me tome por loco o tramposo compulsivo o ignorante del idioma español, que en i) me estás contando que acabas de leer el último libro de FERRAJOLI, o que del librito de Manolo y mío no has leído nada más que las diez primeras páginas o que te pareció una grosería que yo te enviara ese libro? ¿Puedo yo entender, sin que alguien piense que he perdido la cabeza o que ando en alguna sucia maniobra contigo, que la analogía que en ii) trazas para ciertos discursos de juristas o profesores queda bien ilustrada en la película *Ben-Hur*?

Supongo que a esas muy elementales preguntas me vas a responder que no, que no puedo entender eso sin que de inmediato afirmes y afirme cualquiera que tergiverso absolutamente el significado de tus frases y términos. ¿Y si yo digo que estoy interpretando esas frases y términos? ¿No me responderías que esas mías no son interpretaciones posibles de tus enunciados? Pues entonces es que sí podemos diferenciar entre

---

[1] E. P. HABA, «A revueltas con la *storytelling* llamada "ponderación", y también preguntando sobre "límites" del derecho», *Doxa*, núm. 37, 2014, 337-373.

[2] *Loc. cit.,* 339 *in limine*.

[3] *Loc. cit.,* 340: en el párr. 2.º de ese número.

interpretaciones posibles e interpretaciones no posibles. Porque si no pudiéramos, no tendría sentido que nos comunicáramos, y menos todavía que nos hiciéramos reproches por entendernos mal o alterar por completo lo que dice el otro.

También hay cosas que tú no dices. Por ejemplo:

iii) No dices que FERRAJOLI sea un tremendo asesino que se dedica últimamente a recorrer, por las noches, las calles de Roma estrangulando a inocentes viejecitas ingenuas. No lo dices, pero yo podría interpretar que ése es el sentido de fondo o lo que tratas de expresar en un párrafo en el que aludes a las axiomatizaciones de FERRAJOLI y a la «rotunda endeblez» de sus planteamientos (nota al pie núm. 13 *in limine*)[4]. ¿Acaso no es *posible* que yo interprete eso? Si me contestas que no es posible es porque, igual que yo, diferencias entre interpretaciones posibles y no posibles. Si me respondieras que sí cabe perfectamente que yo haga aquella interpretación, me darán tentaciones de interpretar libérrimamente cada frase de un libro o artículo tuyo, y sería el caos; me estarías legitimando para sostener, por ejemplo, en cualquier congreso de nuestro gremio, que entre los más radicales defensores actuales del iusnaturalismo teológico se halla el profesor Enrique HABA ¿Por qué no? *De hecho* cabe que haya quien lo pueda entender así porque quiera desprestigiarte o porque sea un memo.

2. Llegamos a un punto en el que siempre encuentro un límite en tus tesis, y casi te ruego que no me regañes por no recordar o no saber ver ahora que esas dudas mías ya las dejaste resueltas en un libro de hace veinte años. El punto es el siguiente:

Tomemos de nuevo tu obra y pongámosla en el contexto de nuestro mundo académico. Estarás conforme conmigo en que muchos de los que la han leído la habrán entendido mal en partes sustanciales (¡yo mismo, según algún amargo reproche tuyo, no te digo que carente de razón, no sé!) y me parece que tales incomprensiones o malas comprensiones, sean por la mala cabeza de unos o por lo que les molestas a otros con tus críticas, provocan en ti algo de indignación a veces. ¡Tienes toda la razón para ello! Ahora bien, yo podría replicarte que:

a) Ya sabes cómo es la comunidad académica, un entramado gelatinoso de intereses, malos quereres, celos gremiales, luchas palaciegas, ignorancia camuflada, gusto por el poder, deseo de estar a bien con los que mandan y reparten juego, dificultad intrínseca de las teorías, cambios sociales que a veces dejan en fuera de juego al profesorado mejor y sus obras, etc. Estaría yo así describiendo lo que es un hecho o conjunto de hechos que me parecen bien claros, y pienso que tú estarías bastante de acuerdo conmigo en tal descripción de esos hechos o de esa situación de hecho.

b) No tienes que molestarte porque, dados esos hechos y que las cosas son de ese modo, no hay en verdad algo así como el contenido objetivo de la obra tuya ni un límite tangible a las interpretaciones posibles de la misma. Es más, cuando tú te defiendes frente a los que te imputan tesis o afirmaciones que no hiciste, te pones al nivel de los cultivadores del *«storytelling»*. ¿Y si te dijeran que no importan las palabras de tal o cual sitio, sino que o bien interesan las razones del intérprete más que nada o bien en realidad no existe más obra académica que un maremágnum, hermenéuticamente procaz, de interpretaciones, maniobras y decisiones? Yo podría parafrasearte [núm. 3.*a)*,

[4] *Loc. cit.*, 351.

al comiendo de su tercer párrafo] diciendo esto: «A mí, la semántica de Haba —o la semántica del campo científico o teórico que cultiva Haba— no me interesa *en sí* y por sí ("novelas de conceptos"), sino únicamente en tanto en cuanto ella sea capaz de co-determinar —¡o no!— la *pragmática* (¡repercusiones sociales efectivas!) de los discursos en cuestión»[5].

Para mí, la prueba de que no tendría razón yo mismo al alegarte eso que acabo de escribir en *a)* y *b)* es que te estoy escribiendo, y si las cosas fueran así y así las pensara, me callaría, por coherencia y para no perder el tiempo.

Y entonces pregunto: si cuando Enrique HABA afirma que los planteamientos teóricos de FERRAJOLI son rotundamente endebles[6] no puedo entender o interpretar que Enrique HABA afirma que FERRAJOLI es un asesino que transita nocturnamente por las romanas calles a la busca de viejecillas desprevenidas, ¿por qué no puedo sostener que también hay un límite a las interpretaciones posibles de una norma jurídica, presente en una ley en vigor, y que dijera «Queda prohibido, bajo sanción S, fumar en el interior de los hospitales»?

¿Acaso si yo describo la práctica de la comprensión y la interacción académica y la describo certeramente en los términos antedichos tengo yo (y tienes tú) que aceptar que lo que nosotros decimos y escribimos no es lo que nosotros decimos y escribimos, sino lo que se entienda y se use en esa práctica y que, por tanto, cuando tú y yo escribimos de derecho, en realidad no escribimos de derecho, porque el derecho es una práctica y nosotros no practicamos, sino que escribimos?

3. Pongamos que tú consideraras un día que el sentido de lo que expresas en tus trabajos está siendo fuertemente deformado por un grupo de profesores que se empeñan en ver en ti un iusnaturalista escolástico o un dworkiniano parapetado. Puedo suponer que, puesto a fundamentar tu postura y ante las preguntas de los que estuviéramos interesados en la polémica, tú quizá aludirías a que existen unas reglas mínimas de honestidad en el trabajo académico y que rigen también a la hora de reproducir y catalogar lo que proclamamos los profesores. Añádase que, según algunos de aquéllos que en mi ejemplo adulteran tus tesis, no importa en realidad la letra de tus escritos y no vamos a creer en semánticas firmes ni en reglas lingüísticas terminantes, razón por la cual cabe perfectamente, como interpretación de tus palabras, una que las haga significar lo contrario de lo que con ellas entiendes tú o entendería un hablante normal de nuestro idioma o un profesor cabalmente imparcial, si es que esa figura puede darse. Y que, según otros de ese grupo de manipuladores, no es que se pueda dar o no la vuelta a las palabras, sino que hay que ir a lo que muy por debajo de ellas subyace, a los valores que aportan razón de ser a la comunicación en general y a la académica en especial, de forma que no tendría sentido pensar que alguien está expresando verdaderas ideas académicas cuando se equivoca tan patentemente como tú al criticar el iusnaturalismo y los variados iusmoralismos. De modo que la única manera de salvar tu obra, según tal punto de vista, y de mantenerla como una obra académicamente importante, es haciéndote en el fondo decir lo que tus palabras no dicen; esto es, que está muy bien el iusnaturalismo y que DWORKIN, luminoso en su

[5] *Loc. cit.*, 345.
[6] *Supra*, n. 4.

oscuridad y preciso en sus incongruencias, tiene mucha más razón que todos los positivistas y realistas juntos.

Bien, ése es el ejemplo para jugar. Entonces, y para seguir jugando, supón que algún colega que sabe de nuestra ya vieja amistad acude a mí para que tercie yo en la polémica y a tu favor dictamine. Por ganas, simpatía y acuerdo profundo con muchas de tus tesis, yo lo haría encantadísimo. Pero a lo mejor me venían dudas de si no metería la pata al defender que hay unas reglas del trabajo científico y académico serio que esos otros profesores malandrines están vulnerando. ¿Por qué dudaría? Porque alguien puede pedirme que enuncie alguna de esas reglas y yo aludiría, mismamente, a la de que «no se puede poner en boca de un profesor lo contrario de lo que él dice y escribe sobre los temas de su especialidad», pero en menudo atasco me mete si a continuación ese malévolo interlocutor me enseña los textos tuyos en los que dudas de que esté acotado el campo de las interpretaciones posibles de una regla como ésa, supuesto que efectivamente esté vigente, o el campo de las interpretaciones posibles de cualquier fragmento de un libro tuyo.

Segundo, puedes imaginar mi desconcierto si, en ese contexto, me leen el trozo de tu escrito que comentamos (núm. 8, párrafo inicial) en el que haces ver que ni Manolo ni yo fundamentamos nuestras tesis «en la medida de lo posible, en observaciones *empíricas* de racionalidad *instrumental*»[7]. O sea, que para defender yo las reglas aquellas que violan los que manipulan tu doctrina y para defenderte a ti mismo bajo esas reglas, debería dedicarme a buscar «factores conductuales reales comprobados» (*ibid.*). Bien, los busco y descubro que hay mucho supuesto profesor y académico que es una mala bestia y no entiende nada o lo entiende todo al revés, que habla sin leer y opina sin conocer, etc. Y después de constatar eso que, por cierto, es muy fácilmente constatable y hasta por mi abuela conocido, ¿qué hago yo respecto de la regla aquella del trabajo científico y respecto de tu caso? ¿Concluyo que estaba yo mismo equivocado al creer en reglas y en su sentido o en lo limitado de sus interpretaciones posibles y al no darme cuenta de que esas reglas en realidad bien poco atan o significan, puesto que está todo lleno de «factores conductuales reales comprobados» que hace con tales reglas lo que les da la gana?

Cabe que un crítico de mi ingenuidad y de mi uso persuasivo de las reglas, los lenguajes y las racionalidades no instrumentales venga con tu texto y me indique (*ibid.*, párr. 2.º) que, en efecto, ando yo buscando «una inveterada cuadratura del círculo: la postulación de que puede haber ciertos criterios propiamente *objetivos*, ya sean unos u otros, para definir los conflictos de interpretación entre los juristas»[8]. Y, entonces, alguien menos terco o curtido que yo mismo diría que de acuerdo y que cómo va él a seguir insistiendo en que sí hay unos criterios objetivos para diferenciar cuándo alguien hace una interpretación posible y razonable de un texto tuyo y cuándo cae en una interpretación errónea e inasumible al imputar a dicho texto tuyo el sentido que más le apetezca o le convenga, en función de los factores conductuales de guardia. Fíjate, en la frase anterior he dicho «posible y razonable» y ya me vienen los sudores pensando en cómo rechazarías tú esa defensa tuya mediante esa forma mía de argumentar.

---

[7] *Loc. cit.*, 358.
[8] *Loc. cit.*, 358.

Es que al leer esa página tuya me doy cuenta de que por mucho que yo me empecine en que en la página X de una obra tuya tú has dicho y querido decir que DWORKIN es un autor metodológicamente endeble, concretamente en aquella frase (la invento) en que tú literalmente decías que «Dworkin es un autor metodológicamente endeble», y que endeble no puede significar «magnífico y ejemplar», si te hago caso tendré que admitir qué vaya usted a saber, pues mi insistencia en que hay significados objetivos podría ser tildada de «comodín retórico»[9] y tú me señalarías que carezco, en lo que a la interpretación y los significados se refiere, de criterios «susceptibles de acreditación *inter*-subjetiva»[10]. Porque supongo que no me vas a contestar que para la interpretación de tus escritos sí concurren todos los factores de objetividad, verdad y corrección que para la interpretación de los textos jurídicos faltan. Te tengo en mucho, pero cuando te leo no veo tus frases como pertenecientes a un reino ontológico distinto de aquél al que pertenecen los enunciados de la Constitución o del Código Penal. Sigamos con la broma: me podrías decir que tú eres tú claramente, mientras que las fronteras de lo jurídico son equívocas y es propio de idealistas irremediables andar buscándolas. Pero si me haces escéptico y me obligas a sospechar, ya no podré detenerme: ¿cómo puedo yo o cómo puede estar cualquiera seguro de que tú eres en verdad tú y no el heterónimo de algún cantante de tangos o un robot experimental de una multinacional japonesa?

Lo que sucede, creo, es que debemos responder a esta pregunta: cuando yo afirmo que «metodológicamente endeble» no puede significar o ser interpretado como equivalente a «metodológicamente magnífico y ejemplar», ¿estoy haciendo un enunciado descriptivo o normativo? Yo diría que normativo, pero basado en el hecho de que la mayor parte de los usuarios actuales de nuestro idioma lo entenderían así, y también en la consideración de que si cada cual va a poder entender cada palabra como le da la gana, no habrá comunicación lingüística posible. Tú dirás que esto es idealismo y comodín retórico, pero entonces yo te pregunto qué base tienes tú para indignarte cuando alguien interpreta completamente al revés una de tus frases. Porque, si lo que cuenta es lo empírico, lo fáctico y conductual, a tu enfado yo responderé: Enrique, no seas idealista y retórico y déjate del *storytelling,* porque no puedes negar que Fulano y Mengano (y 20 más, quizá), han entendido de aquella otra manera tu frase y, por tanto, objetivamente no puedes decir que tu frase significa lo que para ti y para mí significa o puede significar sin violentar unas reglas semánticas que, en tu opinión, son cosa de crédulos y personas sin los pies en la empírica tierra. ¿O acaso para tus escritos y su significado posible o para el trabajo científico-doctrinal en general sí vale alguno de esos «mundos geométricos donde anidan las certezas lingüísticas» aun en cuanto a usos lingüísticos que son controversiales en la práctica —la creencia en unos significados que serían, pues, «supraconvencionales»—? (en el párrafo donde está la n. 19)[11].

Por cierto, yo no creo en significados supraconvencionales, pero creo que el valor normativo (¡idealismo!) o el significado social o la función social de las convenciones se mantiene aun por encima de unas cuantas excepciones, del hecho de que haya quien no se atenga a las convenciones. Que a mí se me pueda llamar español es fruto indudable de una convención. Que un tipo se empecine en que soy chileno o en que

[9] *Loc. cit.*, 359 *in limine*.
[10] *Loc. cit.*, 358 *in fine*.
[11] *Loc. cit.*, 359.

«español» significa lo mismo que «chileno» no le quita ningún valor o ninguna fuerza a la convención de marras. Igual que si la norma jurídica dice «bigote» no puede estar refiriéndose a un avión o a un tren, os pongáis tú y Manolo como os pongáis, él porque lo importante son los valores y tú porque en qué quedan las convenciones lingüísticas si hay gente que por oscuros intereses o idiocia no las atiende.

Porque, Enrique, a lo mejor me dices que en el párrafo anterior simplifico o tergiverso yo tu postura, y tal vez así sea, pero en cualquier caso no puede ser la misma que en mí criticas, y lo que en mí criticas es que confío «en que existe un cuadrado circular donde estarían localizados los «límites» objetivos pre-establecidos como sentidos «posibles» del derecho aplicable»[12], o que así lo creo al menos en algunos casos. Si tú no lo crees ni siquiera «en algunos casos» (un poco después de la n. 19)[13], no veo cómo pudrías defender que se equivoca quien, habiéndote oído o leído, insiste en que eres seguidor estricto de DWORKIN o partidario del iusnaturalismo tomista. Es más, no sé ni cómo tienes ese ánimo entusiasta para meterte en polémicas cuando de antemano asumes que, digas lo que digas, te pueden entender como quieran y no hay base objetiva para imputar a los otros malas comprensiones o interpretaciones erróneas. ¿O acaso lo que de objetivo haya en el lenguaje y su semántica, en las convenciones lingüísticas, no rige para el derecho? ¿Está el derecho hecho de otra sustancia? Eso es lo que piensa Manolo ATIENZA..., creo. ¿Son de otra sustancia, en general, los sistemas (*¡vade retro!*) o conjuntos de reglas o normas?

Por cierto, permíteme un guiño sonriente, socarrón y malévolo: a la vista de tus tesis, espero que a estas consideraciones mías no vayas a responder reescribiéndome entrecomillado algún fragmento tuyo de este escrito que comento, ya que me bastaría contestarte que hay tantos escritos tuyos como interpretaciones diferentes demos a tu escrito (*vid.* los párrafos del núm. 8 en los que están las notas 20 y 21)[14]. Porque no te considero persona soberbia, y soberbio habría que ser para pensar que las palabras de un artículo tuyo tienen unos límites objetivos de significado de los que carecen las palabras de eso que llamamos «derecho positivo» (y que sabemos más o menos lo que es, pues es un hecho).

4. Si con el ejemplo de los significados posibles de tu obra o de tal o cual fragmento de la misma ya me he divertido y desconcertado, entre otras cosas porque un seguidor tuyo me haría muy serias objeciones cada vez que yo por ejemplo dijera «el sistema teórico del profesor Haba», o el «sistema conformado por la obra del profesor Haba», apelando así a la idea de sistema, «disimulante entelequia»[15], ahora enredemos un rato con otro ejemplo.

Imaginemos que me llega la noticia de que un juez costarricense te ha condenado a muerte a ti (¡No lo quieran los hados, maldición!) y que a mí lo primero que se me ocurre preguntarle a ese interlocutor que me da la noticia y que es fiel seguidor de tus tesis es lo siguiente: ¿pero hay pena de muerte en el sistema jurídico costarricense? A lo que él me replicaría que deje de usar entelequias engañosas y que los sistemas jurídicos

---

[12] *Loc. cit.*, 359 (a la altura de la n. 19).
[13] *Ibid.*
[14] *Loc. cit.*, 360.
[15] *Loc. cit.*, 361 (en el párrafo que sigue a la división ***).

son entidades inexistentes, como ya ha visto hasta ATIENZA. Entonces yo, más preocupado por el problema de fondo a tu persona concerniente que por estas pendejadas doctrinales, le respondo que quiero decir que si en el derecho de Costa Rica hay alguna norma que permita condenar a muerte a algún acusado de algo. Él me dice, en buena lógica, que si pretendo usar «derecho de Costa Rica» como sinónimo de «sistema jurídico de Costa Rica», vuelvo a ser el mismo idealista impenitente y errado.

¡Ya no sé qué hacer! Si le pregunto si alguna vez algún juez condena a alguien a muerte en Costa Rica en estos tiempos, ¡me tendrá que responder que sí!, ya que un juez acaba de condenarte a esa pena a ti. Entonces yo me quedo interrogándome sobre: *a)* si tiene en verdad sentido que yo trate de recurrir (supóngaseme la legitimidad) contra la condena tuya basándome en lo que dispone el «sistema» jurídico de Costa Rica (¡pero si recurro basándome en una norma del derecho vigente en Uzbequistán me van a contestar que esa norma no es del «sistema» costarricense! ¡Querrán volverme loco!), pues, te salve o no, tú siempre pensarás que si ganamos fue porque los engañé, ya que los sistemas jurídicos propiamente no existen; *b)* si debo citar alguna norma, del tipo de una que dijera (imaginemos que la hay) «Queda abolida en Costa Rica la pena de muerte en todo caso para toda clase de delitos», y dado que, por mucho que yo me empecine en que comparecen ahí unos límites de significado o de interpretaciones posibles, tú estarías pensando que no y que sigo tratando de engañar a todo el mundo con el buen ánimo de salvarte; *c)* si no deberé más bien comprar o seducir (esto último en la modesta medida de mis posibilidades e inclinaciones) a los miembros y «miembras» del tribunal que haya de ver el recurso contra la sentencia que te condena, mas en caso de que así haga y prospere mi gestión, me preguntaré si es que hice valer el derecho vigente o si del derecho vigente formará parte también el dinero que pagué a los magistrados varones y las variadas deferencias que me permití con la única magistrada. Bueno, yo en cualquier caso estaría feliz de que siguieras con vida, pero creo que cambiaría de oficio. De hecho, creo que cambiaré de oficio, porque es triste que siga sin saber lo que es el derecho a estas alturas y que, para colmo, algún autor de los que más aprecio me insista en que no existe apenas y que si existe va a ser peor.

En una cosa estoy bastante de acuerdo contigo: sí que son más abundantes de lo esperable las coincidencias entre tú y Manolo. Lo cual, por cierto, me alegra, pues sois, ambos dos, amigos para mí muy queridos, y siempre resulta estimulante que los amigos de uno se entiendan y compartan cosas. Lo que me apena es que seguramente ambos me rechazaríais como abogado si tuvierais un pleito, visto mi empeño en el sistema jurídico, sus normas «positivas» y sus significados posibles. Ninguno de los dos vería con buenos ojos mi insistencia en defender que no se os puede condenar por hacer X si la norma jurídica clara y terminantemente dice que X está permitido y que no cabe condena por X. Manolo prefería ser condenado que no que nos embarcáramos en formalismos, siempre y cuando que la condena suya le pareciera justa a él mismo (y al auditorio universal, por supuesto; aunque nunca me lo he encontrado discutiendo con el auditorio universal y suele más bien tenerlo de su parte, no sé por qué), más allá de la letra de la ley y de todas esas añagazas de positivista. Y tú te habrías resignado desde el principio a que cualquier cosa podría pasar, dada la cantidad de factores conductuales que concurrirían, ya que ni hay sistemas jurídicos ni límites objetivos a la interpretación de las normas, ni siquiera de las que nos favorecen, y puesto que no soportarías el empeño de tu abogado en fingir esencialismos y en perpetrar novelerías. Y fíjate, yo

por ganar el caso en beneficio de cualquiera de vosotros hasta estaría dispuesto a ponderar siguiendo estrictamente las pautas de ALEXY. Enésima prueba de mi frivolidad de jurista novelero e irredento idealista.

5. Creo que buena parte del equívoco o la discrepancia a propósito de la interpretación sobre mi texto proviene de lo que podríamos llamar el alcance de mi pretensión de objetividad para la interpretación de las normas jurídicas. Dices lo siguiente (núm. 8, párr. 2.º):

> Mas vuestra presentación del asunto [...] aparece basada en, y dirigida hacia, el esfuerzo intelectual por hallar claves capaces de justificar la creencia en una inveterada cuadratura del círculo: la postulación de que puede haber unos criterios propiamente *objetivos*, ya sean unos u otros, para dirimir los conflictos de interpretación entre los juristas[16].

La pretensión de objetividad interpretativa que yo puedo abrigar podríamos llamarla negativa. No sostengo que de entre las interpretaciones posibles haya una que pueda demostrarse como la objetivamente verdadera y única verdadera, como la única interpretación correcta de entre las interpretaciones posibles. Lo que mantengo es que hay interpretaciones objetivamente imposibles. Serían aquéllas que asignan a un término o una expresión un significado «imposible», en cuanto patentemente incompatible con los sentidos que una comunidad lingüística puede asignar a ese término o expresión en un determinado campo de la comunicación. Si tú me dices que dentro de un rato vas a «darle de comer al gato», yo yerro por completo si entiendo o interpreto que me estás transmitiendo la información de que te vas a duchar con agua fría. Otra cosa es que pueda tener variados alcances o interpretaciones lo que sea «darle de comer al gato». Puede haber a propósito de tu expresión un conflicto de interpretaciones, pero una de las interpretaciones en conflicto no podrá ser la de que te vas a duchar con agua fría. Por supuesto, dejo de lado la posibilidad de que tú y yo estemos utilizando un lenguaje en clave nuestra o extrañamente encriptado.

¿Por qué no es objetivamente posible esa interpretación? De hecho cabe, yo puedo entender tal cosa en tus palabras, pero cualquiera me indicaría que o he oído mal, o desconozco nuestro común idioma o no estoy en mis cabales.

Naturalmente que podemos señalar una «zona de penumbra» entre interpretaciones posibles e interpretaciones imposibles. Es evidente que es imposible la interpretación de la ducha que he mencionado y es evidente que es posible que yo interprete que a tu gato le vas a poner comida en un plato. A lo mejor sucede que tu gato está enfermo, no puede comer, y le vas a administrar alguna sustancia alimenticia mediante una sonda o con una inyección y lo expresas así, en sentido un tanto figurado, como que vas a «darle de comer al gato». Tampoco pretendo que entre las interpretaciones posibles y las imposibles haya una frontera completamente nítida y perfectamente tangible. Sólo digo que hay interpretaciones imposibles, significando que son palmariamente erróneas, no que algún chiflado no pueda hacerlas o que no pueda ser un juez ese chiflado.

Una norma procesal puede disponer que el plazo para la presentación de determinado tipo de demanda es de quince días, y podemos debatir sobre si será mejor in-

---

[16] *Loc. cit.*, 358.

terpretar que esos quince días son naturales o que son laborables. Pero si, sólo con esa norma en mano y sin ninguna otra que justifique la excepción, un juez admitiera la demanda presentada a los 200 días y alegara que donde la norma dice «quince» también se puede entender «doscientos», no estaría haciendo una interpretación propiamente dicha, una de las posibles. Estaría creando otra norma, y eso sería legítimo o no según la concepción del derecho que se maneje.

Me dirás que los jueces a veces hacen eso. Yo te reconozco que así es, *de hecho*, pero añado dos cosas. Una, que cuando se interpreta una norma y se elige una de las interpretaciones posibles (según mi noción), se está aplicando (mejor o peor, ahí vendrán opiniones) esa norma y, por tanto, el juez se atiene a su obligación de aplicar derecho y no de disponer lo que a él libérrimamente le plazca. Y dos, que los iusmoralismos tan en boga sirven para que el juez pueda «aplicar» las normas de esa forma que no halla límite alguno en su semántica, pues bastará que se aduzca que se está haciendo con la norma la debida justicia al caso para que se considere que el derecho está bien aplicado aunque la interpretación hecha propiamente fuera imposible. A lo mejor algún «realista» piensa que si así se aplica el derecho será porque ese derecho así es, opinión que el iusmoralista agradecerá a su manera, con unas bendiciones.

Así pues, entre mi modesta pretensión (negativa) de objetividad interpretativa de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y la pretensión de corrección de ponderativos y de iusmoralistas, que tiñen la práctica jurídica con su (pretendido) objetivismo moral, hay una distancia francamente grande, creo. Por el lado opuesto, mi postura estaría también alejada del apresurado (no es tu caso) «realista» que dijera que no hay por ningún lado diferenciación que valga entre interpretaciones posibles e imposibles de un enunciado, pues lo que pueda significar cualquier expresión queda absolutamente al albur del intérprete. Ese «realista» primitivo no debería perder su tiempo hablando con nadie, pues a cualquier interlocutor le estaría autorizando para pensar que sus proferencias, las del «realista», no tienen ningún significado intersubjetivamente descartable y que, por tanto, puede el interlocutor y cualquiera asignarles el significado que mejor se le antoje, sin límites o sin más límites que los empíricos y el fáctico temor a cosas tales como que el otro le propine un tortazo o que en su pueblo lo tomen por demente.

* * *

Lo dejo aquí, querido Enrique, ya se hace larga esta carta. Ha sido un placer. En estos debates contigo y con Manolo uno se siente felizmente acompañado, frente a ese mundo que ya en 1963 cantaba Edmundo RIVERO, con letra de Mario BATTISTELLA, tango titulado «Bronca» y que bien conocerás, pues mucho sabes también de esas músicas:

Por seguir a mi conciencia
estoy bien en la palmera,
sin un mango en la cartera
y con fama de chabón.
Esta es la época moderna
donde triunfa el delincuente,
y el que quiere ser decente
es del tiempo de Colón.

Lo cortés pasó de moda,
no hay modales con las damas,
ya no se respetan canas
ni las leyes ni el poder.
La decencia la tiraron
en el tacho 'e la basura
y el amor a la cultura
todo es grupo, puro bluff.

SOBRE LA IN-DISTINCIÓN PROPUESTA ENTRE *CÓMO* SON «POSIBLES» LAS INTERPRETACIONES REALES Y UNAS QUE SON «POSIBLES» IMAGINARIAMENTE *

Descubriendo, gracias a J. A. García Amado, ciertas inéditas (y no poco sabrosas) peripecias del razonamiento «geométrico» acontecidas recientemente en el Reino de Absurdistán

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

RESUMEN. El autor, al explicar por qué ciertas objeciones recibidas ante sus planteamientos de un escrito anterior (sobre «ponderación» judicial y demás) no tienen verdadera atingencia para ninguna de las tesis sostenidas allí por él mismo, señaladamente aborda determinadas cuestiones de fondo generales: improntas del *geometrismo* empleado como método de razonamiento todogeneral; cómo se logra advertir qué sea *posible* en tanto que interpretación «objetiva» de textos; la diferencia radical que hay entre fijarse en unos ejemplos de interpretación *imaginarios* (invocados a guisa de argumentación por el «absurdo») y el considerar las interpretaciones creídas *realmente*; la escapatoria argumentativa de ampararse bajo ciertas «estrategias de *inmunización*» (tales como rehusarse a considerar citas opuestas del autor criticado y evitar ocuparse de aproximaciones «complejas» al tema considerado) Ésos son expedientes, muy habituales, para obviar las interrogantes claves de precisión *analítico-realista* que permiten detectar cuáles son los alcances verdaderos de las bases de pensamiento utilizadas.

Palabras clave: Interpretaciones, geometrismo, inmunización, pautas hermenéuticas, objetividad.

About the Non-Distinction Proposed between *How* Real Interpretations are «Possible» and How Some Other Ones are imaginarily «Possible». Discovering, thanks to J. A. García Amado, some brand-new (indeed very tasty) peripeteia of «geometric» reasoning that happened recently in the Kingdom of Absurdistan

ABSTRACT. The author answers some objections concerning certain issues he stated in a former study (about judicial «balancing», etc.). He holds that these objections do not have a true pertinence to his own propositions. So he tackles certain general capital issues such as, among others:

* Fecha de recepción: 30 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2015.

«geometrism» used as an all-general method of reasoning; how we perceive what is «possible» for «objective» interpretation of texts; the radical difference between some imaginary interpretations (used as a «reduction to absurdity») and the interpretations believed in reality; some argumentative mechanisms to «escape» uncomfortable questions by using certain «immunization strategies» of thought (such as refusing to consider any opposite quotations and avoiding to examine «complex» approaches). Those are some common ways of looking away from the cardinal *analytical-realistic* questions that gauge the true reach of their thinking bases.

Keywords: Interpretations, geometrism, immunization, hermeneutical patterns, objectivity.

> Nos hallamos de acuerdo en dos o tres puntos que entendemos, y disputamos sobre dos o tres mil que no entendemos en manera alguna.
>
> VOLTAIRE

Para discernir ciertas cuestiones básicas de la materia Teoría del derecho, resulta decisivo también —a mi juicio— abordar unas interrogaciones como las que voy a plantear aquí. En este caso las provoca cierto curioso principio de interpretación que me atribuye mi agudo colega, y entrañable amigo, el profesor Juan Antonio GARCÍA AMADO. Tomaré como pretexto, a guisa de ilustración, unos señalamientos efectuados en tres sitios: mi comentario crítico «A revueltas con la *storytelling* llamada «ponderación»...» (ref.: *Comentario*)[1], concerniente a la discusión *Un debate sobre la ponderación* (ref.: *Debate*)[2]; y sobre todo consideraré la contestación de mi amigo, «Sobre interpretaciones posibles del derecho...» (ref.: *Réplica*)[3], texto referido especialmente al susodicho Comentario.

Aunque eso de GARCÍA AMADO no es extenso, suscita no pocas cuestiones incontestadas allí. Estas últimas constituyen ni más ni menos que pre-supuestos indispensables, pienso yo, para responder a las principales tesis sostenidas en dicho sitio. Esas ideas básicas que pondré sobre el tapete tienen su interés teorético propio de orden *general* para esta materia. Sobre todo, ello se refiere a la amplísima dominación que ejercen razonamientos de tipo «geométrico», sean de unas u otras especies, constituyéndose en fundamental preconcepción generalizada para estudios de Teoría del derecho; esto importa señaladamente para determinar qué interpretaciones son de veras «posibles» y cuáles no.

En efecto, el *eje* de las discrepancias entre nosotros no es de orden apenas personal: qué haya o no haya sostenido yo mismo o él mismo, en tal o cual escrito. Nuestros puntos de vista se distancian sensiblemente entre sí por cuanto concierne a ciertos puntos teoréticos *de fondo*, generales. (Confío en que nuestros eventuales lectores no caerán en la miopía de no saber distinguir justamente *eso*, frente a algún que otro «pellizconcillo» acompañantes que Juan Antonio y yo nos lanzamos de vereda a vereda.) Se trata en especial de las siguientes cuestiones clave: «geometrismo» metodológico, unos iusesencialismos lingüísticos, indistinciones entre «es» y «debe» discursivos, planteamiento de diferencias fundamentales entre condiciones propias de respectivamente los juicios normativos categóricos e instrumentales. De ahí resulta la contraposición teorética fundamental en la materia: sus orientaciones ampliamente dominadoras concentran su atención sobre unas cuestiones que son inmanentes a la *propia* semántica iusdoctrinaria («novelas de conceptos»); mas también hay quienes, *outsiders*, prefieren plantear ciertos interrogantes claves de precisión analítico-*realista* que son decisivos para aclarar cómo puedan funcionar los conceptos jurídicos en cuestión con vistas a su eventual empleo en cuanto *tecnología social*[4].

---

[1] E. P. HABA, «A revueltas con la *storytelling* llamada "ponderación", y también preguntando sobre "límites" del Derecho», *Doxa*, núm. 37, 2014, 337-373.

[2] M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, 2012.

[3] J. A. GARCÍA AMADO, «Sobre interpretaciones posibles del Derecho y de los textos de Enrique P. Haba» (es el artículo precedente, aquí mismo).

[4] *Cfr*. E. P. HABA, «La opción capital para los discursos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?», *Doxa*, núm. 36, 2013, 509-557.

Aunque aquí no puedo presentar sino una muy reducida parte del diferenciado examen que preparé al respecto, voy a tomarme la libertad de dejar al menos advertidos (aforísticamente) la totalidad de los puntos principales abordados en dicho examen (marco con asterisco los incluidos aquí mismo)[5]:

I. Una tesis que nadie sostiene y la seducción del «geometrismo»

*1. Generalidades.
2. Ejemplos por el absurdo (imaginarios) vs. ejemplos reales (prácticas jurídicas).
*3. Contra una «Tesis Extrema»... (no asumida por nadie).
4. La lógica propia de las «reductio ad absurdum».
*5. Geometrismo (a): la vertebral tentación del «geometrismo» para encarar el pensamiento jurídico.
*6. Geometrismo (b): ¿quiere decir que, para los abordajes no-«geometristas» con respecto a los entendimientos lingüísticos, «todo-se-vale» como interpretación —creíble— de *cualquier* formulación?.
7. Geometrismo (c): ¿es atinado aplicar siempre la misma pauta hermenéutica —¡todo-general!— para entender no importa *cuáles* formulaciones lingüísticas?
8. Puntos de acuerdo (... pero, ¿invocados como discrepancias?).
*9. Interpretaciones «posibles» (a): ¿qué significa «posible», y qué quiere decir «no-posible», con respecto a interpretaciones?
10. Interpretaciones «posibles» (b): ¿puede una interpretación ser *objetivamente* «falsa» como tal?
11 Interpretaciones «posibles» (c) [excurso]: ¿nada más que para comprender mis propios textos son aplicables los criterios de «objetividad, verdad y corrección» interpretativas?

II. Unos malentendidos adicionales

12. Geometrismo (d): la cuestión del «interés» (teorético) y las «repercusiones sociales efectivas», en cuanto a unas elucidaciones doctrinarias.
13. Geometrismo (e): indistinciones entre a qué se aplica, y a qué no, ofrecer fundamentaciones del tipo razón «instrumental».
14. Interpretaciones «posibles» (d): la fundamental diferencia entre cuestiones de «posibilidad» lingüística y las de «política» judicial.

III. ¿De qué vale la pena hablar, y cómo, en estudios de Teoría del derecho?
(Ejes de «inmunización»: ¿citar o no citar?, ¿Escape from Complexity?)

15. Tres pautas hermenéuticas fundamentales.
*16. Inmunizaciones (a): a propósito de un «expediente de inmunización» invencible.
17. Inmunizaciones (b): ¿más vale no tematizar lo «complejo»? Alternativas en cuanto a qué, y por qué, se percibe como «complejo» en un estudio.
18. Inmunizaciones (c): Otras alternativas aún en cuanto a lo «complejo».
19. Inmunizaciones (d): la inmunización básica más general.
20. Una coda personalísima.

[5] No descarto la eventualidad de conseguir dar a conocer más adelante ese texto completo.

IV. Apéndices

α) Análisis de una transcripción truncada.
β) Comparación con un modelo realista para el razonamiento judicial.

* * *

0. SINOPSIS

> [...] ¡cuán fácil es ocasionar una confusión!; y ¡cuán difícil es deshacerla! Del mismo modo que basta un segundo de tiempo y un trabajo mínimo para enredar un ovillo de hilo, y se necesita el trabajo de horas enteras para desenredarlo, así también, en el raciocinio bastan unas pocas palabras y ningún trabajo para crear una confusión, y se necesita un trabajo inmenso para deshacer esa confusión por el raciocinio. El que quisiera combatir por medio del raciocinio, por ejemplo, un libro de un espíritu falso (¡y si es de gran talento, peor!), tendría que escribir cien libros de las mismas dimensiones que aquél, y quién sabe si serían bastantes.
>
> VAZ FERREIRA[6]

Voy a trazar, del modo más sucinto posible, un esbozo de las cuestiones centrales que considero oportuno elucidar a propósito de la Réplica. Los números se corresponden con los respectivos parágrafos señalados en la enumeración precedente[7].

1. La Réplica es no-pertinente, en general, porque sus críticas están centradas sobre todo en tratar de rebatir unos puntos de vista que *no* fueron sostenidos en el Comentario (señaladamente la Tesis Extrema que será examinada en el § 3).

2. No hay contradicción, propiamente, entre los casos examinados en el Comentario y los ejemplos ofrecidos en la Réplica, pues los unos y los otros pertenecen respectivamente a dos planos que apuntan cada cual a objetos de referencia de categorías muy diferentes: los segundos son apenas *imaginarios*, los primeros son *reales*.

3. La objeción central desarrollada en la Réplica presupone que aquélla esté dirigida contra la siguiente Tesis Extrema: ante *cualquier* texto jurídico, y para *toda* expresión lingüística en general, sería «posible» otorgarles *cualquier* significado. Mas tal idea *no* es sostenida, y mucho menos creída, por nadie; tampoco la propone, ni aun remotamente, el Comentario.

4. Las *reductio ad absurdum*, cuando son pertinentes, tienen unas condiciones de «lógica» específicas para que tenga sentido aplicar tal figura de razonamiento al asunto de que se trate. Ninguna de esas condiciones se da en cuanto a los ejemplos imaginarios construidos en la Réplica.

5. A menudo las maneras de razonar, para discursos de las ciencias sociales, son tributarias de precomprensiones que dan por descontado que aquéllas no pueden sino,

---

[6] C. VAZ FERREIRA, *Lógica viva*, Montevideo, 1963: 263. Este pasaje prosigue así: «Si a mí se me ocurriera, por ejemplo, poner en el grado justo en cada caso todas las afirmaciones violentadas y falseadas de un libro como [...], posiblemente años de vida no me alcanzarían: para cada afirmación de una línea, necesitaría escribir capítulos de correcciones, distinciones, etc. Esto produce una sensación desconsoladora [...]» (¡[...] y ni qué imaginar si se tratara, tal vez, de «poner en el grado justo» escritos de HEGEL o de HEIDEGGER, o acaso lo de un «ladrillo» como *Facticidad y validez* de HABERMAS!).

[7] Los asteriscos (*) señalan los numerales de los cuales se toma texto aquí.

para no ser autocontradictorias, quedar encerradas en tal o cual «geometrismo» como criterio interpretativo todo-general, ¡sin más! Consecuencia inevitable de tales modos de pensar es que así se desconocen unas diferencias decisivas entre especies radicalmente diferentes de discursos: es pasar por alto el elemental hecho de que éstas corresponden respectivamente a finalidades de comunicación lingüística *muy diferentes* las unas de las otras; así, entender que «no se puede» sacar sino exactamente el mismo orden de inferencias en cuanto a la *credibilidad* de, respectivamente, lo sostenido sobre ciertos tipos de ejemplos interpretativos reales de disposiciones jurídicas y la de unas interpretaciones simplemente imaginarias.

6. El no sucumbir a ninguna idea fija «geometrista» para las interpretaciones jurídicas, en modo alguno implica caer en el extremo opuesto: «¡todo se vale!» interpretativamente. Esto último es no menos irrealista que aquello otro, para dar cuenta sobre cómo funcionan de veras los «marcos» lingüísticos (tácitos) en las conciencias de los operadores del derecho. Decir «geometrismo» no pretende referirse a *todo* criterio general, sino que tal categorización apunta solamente a la engañadora presencia de generalizaciones *falsas*, o al menos de unas cuya indiscriminación en cuanto al contenido así señalado es despistadoramente excesiva.

7. Observaciones complementarias en relación con lo planteado en los dos puntos anteriores.

8. Es resaltada una lista de puntos de vista básicos subrayados en la Réplica que no contradicen, sino antes bien *ratifican*, ciertas tesis fundamentales sostenidas previamente en el Comentario.

9. En cuanto al empleo de las categorías cognitivas «posible» y «no-posible» acerca de interpretaciones, se elucidan ciertas decisivas confusiones, o al menos indiscriminaciones, que pueden hacerse presentes al utilizar dichas calificaciones para ello.

10. Que ciertas interpretaciones sean calificadas *objetivamente* como «falsas» o como «verdaderas», depende de si las respuestas en cuestión son en realidad *intersubjetivas* en el círculo de locutores considerado. La cuestión clave al respecto es: ¿en qué casos *específicos*, o para cuáles *tipos* de situaciones reiteradas, se plantean *de veras* unas dudas serias (*i. e.*, no-intersubjetividad) de interpretación sobre si ahí se ha de entender X o antes bien Z?

11. Aclaración sobre si, y en qué medida, cabe «objetividad, verdad y corrección» interpretativas (inclusive para entender unos textos como los míos).

12. Importancia de distinguir —¡no-geometrismo!— entre dos ámbitos que a menudo no coinciden, en cuanto a los enunciados teoréticos formulados: el «interés» que éstos puedan tener desde un punto de vista principalmente *veritativo* y las *repercusiones reales* que por poseer tales conocimientos se ocasionen efectivamente (¡o no!) en unas u otras prácticas sociales.

13. Las fundamentaciones del orden racionalidad «instrumental» no tienen aplicación para *toda* suerte del enunciados teoréticos (creer eso constituiría ni más ni menos que otro geometrismo más), sino que criteriosamente —*i. e.*, «en la medida de lo posible»— aquéllas se aplican específicamente a juicios de *valor*, mas sólo en tanto en cuanto estos valores *no* sean entendidos como *categóricos*.

14. No es lo mismo preguntarse si tal o cual interpretación jurídica es «posible» *semánticamente* —de acuerdo con unas pautas lingüísticas consensuadas por todos o

parte de los locutores del círculo considerado— que indagar si cierta solución judicial obtenida así resulte *conveniente* en función de unos fines sociales que se estiman propios de ese ordenamiento de derecho —*política* jurídica—.

15. Son subrayadas tres indicaciones básicas de hermenéutica que en el medio académico se suele reconocer, en todo caso tácitamente, como condiciones para *acreditar* la «objetividad» de una interpretación.

****16.*** Se analiza un expediente de «inmunización» especial propuesto en la Réplica: el pedido de *no* confrontar las afirmaciones de ésta con transcripción alguna de «fragmentos» pertenecientes al propio autor del Comentario examinado en aquélla.

17. Se considera otro expediente especial de «inmunización»: la evasión por la tangente de aducir que la «complejidad» del Comentario hace innecesario examinar en *qué* consista tal «complejidad» en sí misma. Por lo demás, si el calificativo «complejo» es invocado simplemente para *no* ocuparse de lo calificado como tal, sin explicaciones adicionales en cuanto a ello, quedan sin aclarar, entre otras cosas, los puntos de partida propiamente básicos al respecto, esto es: *a)* si se trata ahí de «complejo» en el sentido de planteamientos *artificiosos*, o sea, no correspondientes de veras al propio objeto de referencia tratado; *b)* o si nada más se trata de una sensación de «incomodidad» que al lector (*i. e.*, al propio replicante y es probable que a otros eventuales lectores igualmente) le viene provocada por lo *extenso* de dicho Comentario; *c)* o si, mientras es muy deseable que los desarrollos presentados por ciertos autores de la materia sean no poco «complejos», en cambio es bien aconsejable que los de otros lo sean lo menos posible (p. ej., mi Comentario), ya sea porque los primeros examinan cuestiones mucho más *interesantes* que los segundos o porque estos últimos posiblemente son mucho menos *perspicaces* que aquéllos.

18. Observaciones complementarias acerca de lo examinado en el numeral precedente.

19. De las cuestiones principales abordadas en el Comentario pero dejadas simplemente de lado en la Réplica, así como tampoco fueron tematizadas en el Debate original, mal podría decirse que son indiferentes para elucidar *a fondo* la justificación y los alcances reales que puedan tener los razonamientos judiciales llamados «ponderación». Dar por entendido, así sea tácitamente, que tales cuestiones son prescindibles para evacuar puntos como los abordados en dicho Debate, se constituye ni más ni menos que en el expediente de inmunización más general para rehuir cuestionamientos analítico-*realistas* al respecto.

20. A propósito de unas lecturas «con provecho»...

Ap. (α). A modo de ilustración, es examinada una transcripción demasiado fragmentaria (apenas unas pocas palabras aisladas) que se presenta en la Réplica, pues así es cómo ésta propicia una *in*-distinción —debida a faltantes claves en la cita respectiva— en cuanto a cierta referencia a «algunos casos» efectuada en el Comentario.

Ap. (β). Para hacer todavía más patente la engañosidad de los procedimientos de «ponderación» considerados, se presenta una comparación entre este expediente formulista y un eventual modelo *realista* para encauzar el razonamiento judicial.

1. GENERALIDADES

Quienes lean el texto de tu Réplica, querido Juan Antonio, seguramente no podrán menos que quedarse tan encantados como yo mismo con las ingeniosas historias que concibes allí. Estos simpáticos casos imaginarios los invocas como unos ejemplos por el absurdo, para hacer ver qué disparatados extremos estaría en condiciones de venir a justificar una tesis básica que yo habría sostenido, supuestamente, en el Comentario mío. Para ello, me enfrentas con FERRAJOLI acechando entre las penumbras de una Roma digna de Las Mil y Una Noches, el descubrimiento de ciertos intérpretes mefistofélicos de mis textos, la tenacidad de tus infructuosos esfuerzos profesionales por salvarme de la pena de muerte en Costa Rica, y demás...

La gran incógnita con que he tropezado una y otra vez, mientras iba disfrutando de pensar en tus simpáticas situaciones imaginarias, es: *¿qué* podré haber dicho yo de contrario a entender que *estas* suertes de interpretaciones, unas como las de tus historias, *NO* son «posibles»?

Lo que he señalado, en ese Comentario, es que para los casos *específicos* examinados en tu Debate con ATIENZA, no menos que en muchas otras situaciones, *ahí* mismo —¡mas no en cualquier caso fantástico que alguien pueda proponer imaginativamente!— resultan ser no menos «posibles», *semánticamente*, tanto las interpretaciones sostenidas por ti como las sostenidas por Manolo, como también cualesquiera otras que eventualmente se den *en la práctica*; esto es, si unas u otras son creídas (de veras) por grupos de juristas normalmente reconocidos como tales. Me refiero, pues, a «posibilidades» *de hecho*. Quiérase o no, éstas corresponden a unas reglas de uso lingüísticas, sean expresas o tácitas, aplicadas *realmente* por locutores jurídicos efectivos —al menos por parte de ellos mismos— en situaciones ya dadas o con buenas probabilidades de que se podrían llegar a producir. Tus ejemplos, en cambio, se refieren a «posibilidad» o no-«posibilidad» en algún universo perteneciente a la literatura fantástica. Nada es dable inferir de *ahí* sobre posibilidades o no-posibilidades para los discursos *prácticos* efectivos; análogamente, siguiendo algún orden de discurrir aplicable para ciertos cuentos infantiles sería dable concluir asimismo, *mutatis mutandis*, que los azares de las zapatillas de cristal de la Cenicienta son informativos con respecto a cómo laboran los zapateros de Madrid.

Desde luego que tampoco bajo el término «derecho» se puede meter simplemente *cualquier* cosa: p. ej., no todo lo mismo que bajo la palabra «cine» o «astronomía». Sólo que, una cosa es saber esto último, pero de ahí hay su buen trecho a dar por descontado, ¡además!, que la gran «mezcolanza» (RADBRUCH)[8] de referentes a que se refiere aquel término vaya a presentar unos «límites» determinados inequívocamente *inclusive* para casos donde entre los propios juristas consultados hay discrepancias al respecto. Así también, el reconocer que no *cualquier* cosa es imputable —en las prácticas lingüísticas reales— al término «derecho», no es igual que suscribir las imaginerías en cuanto a que su inmensamente heterogéneo conglomerado de posibles referentes resulte ser un «sistema» (en algún sentido riguroso de esta palabra)[9]; entre suponer

[8] *Cfr.* mi Comentario: ahí la cita en el párrafo que sigue a la n. 18.
[9] *Cfr.* HABA, 2013, *op. cit.* (ref. n. 4): § 2 *in fine* (519 y ss.).

esto último y estar enterado de aquello primero, media una distancia como la de ver un parangón relevante entre la interacción que mantienen las piezas de un reloj con los eventuales contactos lingüísticos y conductuales de toda la gente que concurre a las playas de Río de Janeiro (acaso porque todas estas personas tienen entonces algún contacto con arenas).

3. CONTRA UNA «TESIS EXTREMA»... *(no asumida por nadie)*

La idea central contra la cual argumentas es, si no estoy muy equivocado, la siguiente (recojo una de tus formulaciones al respecto):

> «...no importa[ría] en realidad la letra de tus [mis] escritos y no vamos a creer en semánticas firmes ni en reglas lingüísticas terminantes, razón por la cual cabe perfectamente, como interpretación de tus [mis] palabras [y asimismo con respecto a las de quien sea], una que las haga significar *lo contrario* de lo que con ellas entiendes tú o entendería un hablante *normal* de nuestro idioma o un profesor cabalmente imparcial, si es que esa figura puede darse. [...] [De donde resulta que] en menudo atasco me mete si a continuación ese malévolo interlocutor [uno que sostiene dicho criterio] me enseña los textos tuyos en los que dudas de que esté acotado el campo de las interpretaciones posibles de una regla como ésa [y ahí indicas un posible ejemplo]...»[10].

Para hacer palpable que tal creencia es disparatada, presentas tus casos *imaginarios*. Ofreces esos ejemplos por el absurdo para argumentar a favor de esta convicción central tuya (y de toda persona en sus cabales): «*...sí* podemos diferenciar entre interpretaciones *POSIBLES* e interpretaciones *NO* posibles»[11]. Al parecer, entiendes que mis puntualizaciones vienen a negar, por lo menos implícitamente, que existan .tales «posibilidades». Da toda la impresión de que me imputas nada menos que la siguiente *TESIS EXTREMA*:

> Ante *CUALQUIER* texto jurídico, y para *TODA* expresión lingüística en general, sería «posible» otorgarle *CUALQUIER* significado.

Si estoy equivocado en pensar que me adjudicas *tal* tesis justamente, no alcanzo a ver sobre *qué* quieran llamar la atención tus ejemplos, si es que con éstos entiendas referirte a las *puntuales* observaciones de mi Comentario ante los pasajes *específicos* tuyos (de vuestro Debate) que allí he señalado como de carácter linguo-esencialista.

No he afirmado, ni remotamente, que *tal* orden de discrepancias interpretativas se aplique asimismo para *toda* formulación lingüística habida y por haber... ¡y menos que menos para todo experimento mental delineado a la medida de unos intérpretes imaginarios! Hasta señalé, allí mismo, que estoy convencido de antes bien lo contrario con respecto a la enorme mayoría de los contextos lingüísticos *reales*. Y tampoco veo que hayas indicado con *cuáles* de las interpretaciones que en tu Debate con Manolo señalaste como «no posibles», mientras él las entendía como sí-«posibles», consideras poder parangonar *esos* ejemplos imaginarios que traes a colación ahora.

Permíteme recordar algunos de mis pasajes más significativos, incompatibles con esa tesis central que me asignas tú:

---

[10] Réplica: § 3, líneas extractadas del primer párrafo (cursivas añadidas aquí, E. P. H.) y del segundo.
[11] Réplica: § 1(2), allí *in fine* (arriba transcrito con cursivas mías).

- [...] unas *stories* discursivas manejables principalmente *a piacere* de los operadores jurídicos. Digo «a piacere», sin ignorar que *NUNCA ÉSTE ES TOTALMENTE LIBRE* ni aun en el manejo de *ese* lenguaje, pues al fin de cuentas él se siente *VINCULADO, DE HECHO*, por ciertos «núcleos» básicos de dichas *COSTUMBRES* lingüísticas[12].
- ...los interrogantes planteados por mí *NO* son para referirme a situaciones tan *EXCEPCIONALES...* (*i. e.*, «situaciones» como las señaladas por ti en las líneas de la p. 121 de vuestro Debate, transcritas inmediatamente antes de esta aclaración mía)[13].
- Hay allí unas *COSTUMBRES MENTALES* de los juristas —técnicamente dicho: ciertos conjuntos de *topoi* jurídicos y unas relaciones normativas estables entre buena parte de éstos (todo ello proveniente de leyes, doctrinas, jurisprudencia, etc.)— que normalmente esos locutores profesionales *ACEPTAN*, en ese medio[14].
- [...] en el círculo de locutores correspondiente es normal que sus miembros manejen muy similarmente un gran conjunto de «códigos» mentales semánticos, unos *HÁBITOS LINGÜÍSTICOS*, de modo tal que lo expresado por un miembro (ajustándose espontáneamente a algunos de esos códigos) sea comprendido de manera *BASTANTE SIMILAR* por quienes lo escuchan (ajustándose espontáneamente a esos mismos códigos)[15].
- [...] sin perjuicio de que para *MUCHAS* otras situaciones jurídicas sí *COINCIDAN* los códigos manejados...[16].
- Todos o la mayor parte de los locutores de unos juegos lingüísticos llamados «derecho», en un país, *COINCIDEN HABITUALMENTE* en reconocer tales o cuales «límites» para *MUCHÍSIMOS* usos de este término[17].
- Hay «tipos de *SITUACIONES MUY COMUNES* cuya legitimidad «jurídica», o bien su anti-«juridicidad», *NADIE CUESTIONA* como tales...[18].
- [...] qué sea y qué no sea «conforme a derecho» —en el mundo social *REAL*— se determina según las variadas costumbres lingüísticas al respecto, entre las cuales hay también no pocas contradicciones. Cuando hay acuerdo sobre qué sea «conforme»... ¡pues *LO HAY*![19].
- Es verdad que *ABUNDAN* los contextos de comunicación donde puede ser *INCONFUNDIBLE* —intersubjetividad— *qué* se impute a alguno de esos sustantivos en especial —«derecho», «moral», etc.— y *NO SEA DABLE* imputarlo a otros de éstos[20].

* * *

No escapará a tu perspicacia que estas precisiones mías no las extraigo de *otros* textos míos aparte del Comentario, unos donde acaso cuestiones similares habrían sido por mí «resueltas en un libro de hace *veinte* años» (dices tú)[21]. Tampoco estoy amparándome, que yo sepa, en publicación alguna mía entre las numerosas (¡demasiado!) que han salido por ahí en los nutridos años que van desde esa época que tú mencionas

---

[12] § 5, luego de los *** (350): lo arriba transcrito comienza al final del primer párrafo allí y continúa al principio del que le sigue (aquí, como asimismo en las notas siguientes, la indicación de § corresponde a los numerales respectivos del Comentario mío).

[13] § 6 (353): pocas palabras después de la segunda cita efectuada en ese numeral.

[14] § 7: 356 (*in fine*)-357 (*in limine*).

[15] § 7: en el segundo párrafo de 357.

[16] § 7: en el tercer párrafo de p. 357.

[17] § 10: hacia la mitad del último párrafo de 368.

[18] § 8: hacia el comienzo del primer párrafo de 360.

[19] § 8: al final del párrafo que precede a los *** en la 361.

[20] § 8: p. 362 *in limine* (al comienzo del primer párrafo que sigue inmediatamente a las líneas finales de la cita que le precede).

[21] «[...] casi te ruego que no me regañes por no recordar o no saber ver ahora que esas dudas mías ya las dejaste resueltas en un libro de hace veinte años [...]» (Réplica: en el párrafo inicial de su § 2).

hasta poco antes de escribir el Comentario. Ahora bien, ¿será un despropósito preguntarte si, a tu juicio, lo señalado por mí en estas transcripciones carece de relevancia para saber si efectivamente dicho examen mío propugna, ¡o si antes bien no!, *esa* Tesis acerca de la cual tú tan acertadamente pones en evidencia cuán loca es? (Y no importa, al fin de cuentas, que tampoco tú puedas recordar *dónde* te habré «regañado» por algo semejante: referencias a «hace veinte años»...).

Probablemente lo sensato sería terminar de resignarme a mi propio Sísifo: aceptar, de una vez por todas, que por más que mi intento sea comunicar que pienso no-A, mi mano va a terminar escribiendo *sí*-A; y que cuando quiero decir sí-B, la mano escribirá *no*-B. Asimismo debiera yo saber aceptar, desde luego, que el intérprete (¡no diabólico!) que lee estos sí-A y no-B, con los cuales mi rebelde mano se burla de mi pensamiento subjetivo, tampoco tiene por qué perder su tiempo en transcribir textualmente, para avalar su interpretación de tales pasajes míos, ninguna de estas travesuras *mismas* estampadas por aquélla.¡Qué ocurrencia la mía: suponer que *él* podría tomarse la prescindible molestia de citar brevemente algo de *eso mismo*, lo de mi propia «mano», antes de proceder a rebatirlo con toda la razón del mundo!

No obstante, mi Sísifo manda. Y ya estás viendo cómo de nuevo me largo en pleno trote hacia ahí... ¡otra enésima vez más!

5. LA VERTEBRAL TENTACIÓN DEL «GEOMETRISMO» PARA ENCARAR EL PENSAMIENTO JURÍDICO

> [...] a veces la gente hasta evita, se defiende, diremos, de que se le den datos que la compliquen, como si tuviera miedo a la complejidad real de las cosas, que desconcierta sus juicios, que quita a éstos su simplicidad y su geometrismo[22].

Sucumbir ante unas u otras modalidades de «geometrismo» constituye poco menos que una actitud mental *sine qua non* para los juristas, tanto en su dogmática profesional como en las exquisitas[23] elucidaciones especiales que conforman la disciplina particular Teoría del derecho. Así también la generalidad de las observaciones que me formulas tú a modo de objeciones reposan, todas o casi todas o al menos las principales entre ellas, en tal orden de preconcepciones fundamentales.

El «geometrismo» (*esprit de géométrie*) doctrinario afinca en pre-suponer como indubitable, axioma evidente sin más, que *toda* respuesta razonable a cuestiones como las que tú planteas tendría que acoplarse —¡por fuerza!— a *un solo* criterio en común, *absolutamente* general. En el siguiente pasaje, por ejemplo, te aferras sin ambages a tal precomprensión generalísima, una suerte de logicismo *a fórceps* (dices «me obligas», «no podré detenerme», etc.):

> Sigamos con la broma: me podrías decir que tú eres tú claramente, mientras que las fronteras de lo jurídico son equívocas [¿habré dicho yo que lo son así *siempre*, para

---

[22] VAZ FERREIRA, *op. cit.* (ref. n. 5): 131 (en el cap. «La falsa precisión»).

[23] *Cfr.* E. P. HABA: *La ciencia de los juristas: ¿***qué** *«ciencia». De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C. R.), Editorial Jurídica Continental, 2015.

> *todos* o aun la gran mayor*ía* los casos?] y es propio de idealistas irremediables andar buscándolas. Pero si me haces *escéptico* y *me obligas* a sospechar, ya *no podré detenerme*: ¿cómo *puedo* yo o cómo puede estar cualquiera *seguro* de que tú eres en verdad tú y no el heterónimo de algún cantante de tangos o un robot experimental de una multinacional japonesa? [24].

¡Estupenda deducción! Sólo que, no sé si sea demasiada pretensión tomarme hasta la libertad de pensar que acaso podría valer la pena preguntarse: ¿*por* QUÉ será que tú, o quien fuere, se encontraría entonces «*obligado* a sospechar» algo *así*? Si alguien es tan «escéptico» como para sostener (también lo hago yo en el Comentario) la hipótesis *específica* de que en distintos casos disputados *de veras* entre juristas (así los discutidos por ti con Manolo) resultan ser no menos «posibles» linguojurídicamente las interpretaciones de textos efectuadas al respecto por unos que las efectuadas por otros de aquéllos: ¿por *qué* resultaría que, en virtud de *esta* afirmación, ha de ser *necesariamente* —o probablemente o al menos bastante posible y no poco creíble— que tú o quien sea («cualquiera», dices) esté ni más ni menos que *«obligado»* (en lógica, supongo) a *creer* justamente *AQUELLO,* u otras cosas por el estilo? —esto es, a pensar *de veras* que yo mismo soy «un robot experimental de...», y demás—. Sí, ¿por *qué* te has de considerar tan *INEVITABLEMENTE* atado —dices «ya *no podré* detenerme»— a creer plausible, o en todo caso a no poder estar para nada «seguro» de que no es cierto, que *en realidad* te habrías topado entonces con esa creatura «de una mutinacional japonesa»...?

¿Será que la inevitabilidad, o al menos plausibilidad, de *tal* inferencia tuya viene asegurada, o en algún modo está bastante creíblemente respaldada, por cierta recóndita regla inapelable de lógica formal? ¿O tal vez reposa en alguno de los ítems de «razonabilidad» axiológico-cognitivista autoevidentes que conoce Manolo o, mejor aún, acaso en alguno que él mismo no haya acertado a descubrir todavía? ¿O bien, ...? (seguramente se me escapan muchas otras posibilidades al respecto).

Lo cierto es que te has reservado, al menos por ahora, el secreto sobre si dicha inferencia tuya, y en general las que extraes —al parecer— de tus demás felices ejemplos cosechados en las tierras de Absurdistán[25], se basan en alguno de estos tipos de criterios que acabo de aventurar, o si mejor en algún otro (que mis ciertamente muy estrechas facultades de imaginación no alcanzan para insinuarme).

Así también, al traer a colación uno de tus ejemplos por el absurdo de interpretaciones, señalas que tal conclusión interpretativa, o cualquiera imaginable, quedaría justificada si se sostiene que «los *sistemas* jurídicos propiamente *no* existen»[26]. Te dejas seducir por el geometrismo, una vez más: pasas por encima de la distinción entre... ¡*diferentes* tipos de «sistemas»! En efecto, *NO* tomas en cuenta que, aun cuando se sostenga eso que tú apuntas, en modo alguno se colige que no existan también *otras* especies de «sistemas» (llamados así), los que he distinguido como tales *en sentido amplio*. Unos como estos últimos, a diferencia de los primeros (los «propiamente»), desde

---

[24] Réplica: § 3, en su quinto párrafo i*n fine* (cursivas añadidas aquí).

[25] Me inspiro en el título de M. E. SALAS, « La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?», en C. COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica,* Madrid, 2006, 259-276.

[26] Réplica: § 4, en su párrafo tercero.

luego existen como parte indisoluble del pensamiento jurídico, permiten justificar que ciertas interpretaciones sí y ciertas otras *no* son admisibles jurídicamente. ¿Cuándo y dónde habré dicho lo contrario?[27].

* * *

En síntesis: «Geometrismo» no significa lo mismo que criterio *GENERAL tout court*, sino que lo son unas modalidades de *FALSA* generalización o al menos de generalización *excesiva*. No llamo «geométrico» a todo criterio jurídico general, sino a la mentalidad metodologista de suponer que, simplemente por disponer de semejantes criterios, éstos mismos nos llevan de la mano a dilucidar en alguna forma indubitable los conflictos de interpretación *reales*. Si bien esos criterios suministran un «marco» (KELSEN) —que incluso puede ser contradictorio— para tales conflictos, cuál sean tales «marcos» se acredita en la experiencia jurídica misma: no es dable detectarlo *por encima* de ella, ¡menos que menos contra ésta misma!, para las situaciones consideradas. En cambio, «geometrismo» es imaginarse que alguno de dichos criterios o cierta ensambladura netamente pre-determinada de unos cuantos pueda resolver *generalmente* las disyuntivas jurídico-interpretativas que se presentan en la práctica, así piensen lo que piensen todos o parte de los propios operadores jurídicos involucrados en determinar cuál sea ahí la respuesta jurídica «correcta», y aun por más que éstos mismos discrepen al respecto. Esta ficción geometrista existe, sí, pero principalmente como *law in books*, aun si enterarse de tales artificios profesorales resulte inocuo para decidir realmente hacia qué opciones interpretativas se inclinarán unos u otros operadores al realizar la *law in action*.

Mas también es cierto que los grados de geometrismo jurídico-doctrinario cultivados por los autores pueden ser mayores o menores. En tu propio caso y en el de Manolo, bien puede decirse que esos grados son más bien leves. Ustedes no llegan a caer en extremos como la tentación de retórica logicista consistente en desviar la atención hacia unas u otras suertes de engañifas algorítmicas (ALEXY, FERRAJOLI, BULYGIN, VERNENGO, etc.).

6. ¿QUIERE DECIR QUE, PARA LOS ABORDAJES NO-«GEOMETRISTAS» CON RESPECTO A LOS ENTENDIMIENTOS LINGÜÍSTICOS, «TODO-SE-VALE» COMO INTERPRETACIÓN —CREÍBLE— DE *CUALQUIER* FORMULACIÓN?

> También, muy a menudo, se quiere obligar al buen razonador a *«ser consecuente»;* y los hombres, en la práctica, llaman ser consecuente a *tomar una formulación verbal y aplicarla en todos los casos*[28].

---

[27] Para no caer en dicha in-distinción, *vid.* las precisiones al respecto en E. P. HABA, *Metodología jurídica irreverente*, Madrid, 2006; allí en la Sec. C, su § 1 (231 y ss.) y el Supl. (b) (325 y ss.) [versión muy ampliada: *Metodología (realista) del Derecho,* Tomos I y II (impresos) + Tomo III (CD), San José (C. R.), Editorial UCR, 2012]. También lo he explicado en algunos otros sitios: entre ellos, originariamente en «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora», *Doxa*, núm. 23, 2000, 561-596 (allí esp. §§ 6-8); más amplio en E. P. HABA, *Entre tecnócratas y* wishful thinkers. *La visión «misionera» de las ciencias sociales*, Granada, 2010 (*cfr.* allí en el cap. II: §§ 4 y 7).

[28] VAZ FERREIRA, *op. cit.* (ref. n. 6), 258; los énfasis (puestos en cursiva aquí) pertenecen al autor.

¿Será que mis reparos en cuanto a «geometrismo» significan algo así como venir a defender no importa qué *in*consecuencias en las maneras de pensar? ¿Así uno podría sustentar *cualquier* tesis, bajo el pretexto de que no habría por qué atenerse a ningún criterio general contrario a ella, pues *todos* éstos serían «geometrismo»? Entonces hasta podría decirse que, después de todo, paradójicamente tal tesis constituiría una suerte de «geometrismo» ella también, sólo que esta vez de sentido nihilista-oportunista: ¡se vale *todo* como pauta de razonamiento, *ningún* criterio puede tener alcance más general que otros!

Si fuese tomada de *tal* manera la crítica de VAZ FERREIRA a la idea de «sistema» en el pensamiento práctico[29], no habría lugar para generalizaciones empíricas ni para reglas en cuanto a las conductas humanas. Pero he aquí que en modo alguno yo, ni mucho menos dicho autor, sostengo semejante disparate. La cuestión es otra: llamar la atención sobre el hecho de que difícilmente resulte ser *absoluta* una tendencia comprobada en materia de conductas humanas o en cuanto a ciertos efectos suyos; puede haber tal vez una buena mayoría de casos en que ella se cumpla, sin perjuicio de que haya también muchos o pocos casos donde no sucede así. Una cosa es poder reconocer, eventualmente, como posible o hasta muy probable que se produzcan ciertas consecuencias en un tipo de casos; otra, muy diferente, es darlo por pre-supuesto *sin más*, por mor a alguna generalización *sin más* (geometrismo).

Si los criterios de que se trata consisten en unos juicios de valor o en unos preceptos normativos, lo «testable» son sólo sus alcances *instrumentales*, no la validez categórica que les sea reconocida en general o por ciertos grupos de locutores. De hecho, la enorme mayoría de las discusiones al respecto versan, al menos parcialmente, sobre todo acerca de aspectos instrumentales de tales criterios.

La «razón» —como señalas tú mismo— de acudir como recurso interpretativo a algún geometrismo (le llamo así yo) es porque, a tu juicio, de lo contrario se produciría la consecuencia siguiente:

> [...] y [si] no vamos a creer en semánticas FIRMES ni en reglas lingüísticas terminantes, [entonces resultaría que *esa* es la] *razón por la cual* cabe perfectamente [*i. e.*, bajo *tal* hipótesis], como interpretación de tus [mis] palabras, una [interpretación] que las haga significar *lo contrario* de lo que con ellas entiendes tú o entendería un hablante *normal* de nuestro idioma [...][30].

Mas en la práctica, quiérase o no, *no* es dable hallar tal tipo de criterios, inflexibles («firmes», «terminantes»), al menos para los razonamientos sobre cuestiones controvertidas entre los juristas. La tópica de los elementos que conforman estos razonamientos es análogamente vasta a la del manejo del lenguaje en general de un idioma. Esos intérpretes localizan intuitivamente, en función sobre todo del *background* múltiple de conocimientos jurídicos internalizados durante su formación profesional, por «dónde» anda la «cosa» en cada caso: su *marco* (KELSEN) jurídico-interpretativo. En cuanto a esto hay unos consensos tácitos básicos, asimilados por dichos locutores, como los hay para los manejos del idioma; sin perjuicio de las variedades que se den en *su* interior.

---

[29] *Op. cit.* (ref. n. 6): cap. «Pensar por sistemas, y pensar por ideas para tener en cuenta».
[30] *Supra*, en la transcripción correspondiente a la n. 10 (cursivas mías).

Aun sin caer en geometrismo doctrinario alguno, la elección de los criterios aplicables en cada caso o tipo de casos no es «caótica» o simplemente caprichosa, dados los múltiples acuerdos básicos entre los juristas, al menos en cuanto a sobre *qué* es dable discutir al respecto ¡Alcanzar todavía *más*, es imposible! Sin embargo, mediante unas u otras precomprensiones geometristas se da por sentado que semejante «más» es alcanzable, sí, mediante tales o cuales fórmulas jurídico-doctrinarias.

9. ¿QUÉ SIGNIFICA «POSIBLE», Y QUÉ QUIERE DECIR «NO-POSIBLE», CON RESPECTO A INTERPRETACIONES? *(nuevamente acerca de la distinción entre significados creídos realmente y cualesquiera otros, como también entre «debe» y «es» lingüístico-convencionales)*

¿Hace falta todavía aclarar, aun habiendo intentado explicarlo en el Comentario, en qué sentido utilizo las calificaciones «posible» y no-«posible», en cuanto a las interpretaciones? (en la Réplica, esta cuestión es tratada como si *no* me hubiera adelantado yo a efectuar tal deslinde terminológico). Muy lejos de afirmar que *cualquier* interpretación es «posible» para *cualquier* formulación efectuada en las prácticas de comunicación humanas reales, por cierto tomé la precaución de destacar la siguiente distinción fundamental:

> Es verdad que abundan los contextos de comunicación donde puede ser inconfundible —intersubjetividad— *qué* se impute a alguno de esos sustantivos en especial —«derecho», «moral», etc.— y no sea dable imputarlo a otros de éstos. [...] la asignación de significados no puede dara cuenta [¡siempre y cuando ella sea realista!] sino de la existencia de usos lingüísticos REALES de la palabra en cuestión. Ninguno de éstos es ni más ni menos «posible» que los demás. TODOS esos usos dan en algún «verdadero» sentido usual de dicho término, por más contradictorios que algunos de ellos puedan ser entre sí[31].

En modo alguno se me ha escapado, pues, que hay *DIFERENCIAS* cruciales entre los órdenes de «posibilidades» configuradas por situaciones tan distintas entre sí como las de los tres tipos siguientes:

— Allí donde se presenta cierto sentido *inconfundible* (como candidato semántico positivo, frente a cualesquiera candidatos negativos) de una expresión lingüística, en determinado contexto de comunicación; entonces es justamente *ese* mismo sentido el «posible», *no* cualesquiera otros.

— Allí donde son creídos dos o más sentidos inconciliables entre sí (pensados respectivamente por parte de locutores normales de esa actividad), acerca de un mismo enunciado; entonces resultan ser «posibles» *todos* esos sentidos, mas *no* otros.

— Cuando se señalan unos sentidos que del todo *no* son «posibles» —pues nadie, o casi nadie, se los cree de veras— para la formulación considerada; mas sentidos de ese carácter pueden ser presentados a título de unos experimentos lúdicos del pensamiento (así los ejemplos ofrecidos por ti), o acaso invocados cínicamente como simple descaro o hasta como burla (así el célebre letrero «El trabajo *libera*», colgado como lema en la entrada de los campos de concentración nazis).

---

[31] § 8: 362 *in limine.*

En esos tres órdenes de situaciones, qué sea lingüísticamente «posible» o no «posible» se aquilata mediante comprobaciones *de hecho*, no por lo que prefiera acaso yo mismo o tú o quien fuere.

* * *

¿Se *puede* interpretar de cualquier manera una formulación lingüística? *a)* Si, se «puede» *siempre*... ¡hipotéticamente! (en todo caso, para efectuar algún experimento mental o simplemente como diversión). *b)* Muy otra cosa, eso sí, es saber si unas interpretaciones presentadas son *creíbles*. En este último caso, a diferencia del primero, la pregunta inevitable es: ¿esas interpretaciones, exactamente *así* como se ofrecen, por *quiénes* es que «pueden» ser creídas de veras? Tú te refieres a unas eventuales cuestiones del rubro *a)*. Yo me he ocupado, antes y ahora, principalmente de cuestiones correspondientes al rubro *b)*.

Da toda la impresión de que no logras (o no quieres) tematizar, al menos en esta ocasión, tal diferencia. Tus observaciones se desarrollan en plena in-distinción entre los planos de lo «posible»-(a) y lo «posible»-(b). En efecto, al fin de cuentas nuestros puntos de enfoque se separan sobre todo en cuanto a que: tú te ocupas principalmente de ciertas «posibilidades» interpretativas tomadas como *DEBE*, ciertas pautas *ideales* de comprensión; mientras yo me refiero a «posibilidades» de comprensión lingüísticas como cuestiones *ES*, tales o cuales convenciones lingüísticas práctico-*efectivas*.

16. A PROPÓSITO DE UN «EXPEDIENTE DE INMUNIZACIÓN» INVENCIBLE

Afirmas que carece de relevancia, para aquilatar si las ideas que me adjudicas han sido sostenidas de veras por mí, ponerse a transcribir pasajes *míos* donde yo hubiera señalado cualquier cosa que contradiga tus propias afirmaciones al respecto, ni aun si esos pasajes provienen del propio texto mío en examen. En efecto, he aquí tus palabras (...y me han dejado, no puedo negarlo, bien boquiabierto):

> [...] espero que a estas consideraciones mías no vayas a [i] responder *RESCRIBIÉNDOME entrecomillado* algún fragmento tuyo de *este* escrito que comento, ya que me bastaría contestarte que [ii] hay *tantos* escritos tuyos como interpretaciones *diferentes DEMOS* a tu escrito[32].

Al parecer, la primera afirmación [i] está fundamentada («ya que») en la evidencia de que sería *obvio* lo señalado en la segunda [ii]. Tal forma de argüir constituye, a todas luces, lo que ALBERT llama: una «estrategia de *inmunización*» discursiva[33]. Según tú,

---

[32] Réplica: § 3, en su último párrafo *in limine* (las cursivas y la numeración entre corchetes se añaden aquí).

[33] «[...] un encerramiento del sistema de orientación que, en consecuencia, despliega un efecto de selección, no en dirección de informaciones *relevantes* para el sistema [de creencias adoptado], sino en dirección de informaciones *conformes* al sistema. Se tiende, pues, más bien a coleccionar informaciones comprobativas que a atender a informaciones *inconciliables* con el sistema y que a buscar alternativas, para *evitar* de este modo disonancias cognitivas. Pero si por casualidad se tropieza a primera vista con informaciones contrarias, entonces existe la inclinación de reinterpretarlas correspondientemente y de elaborarlas en forma conforme al sistema, esto es, de aplicar una *estrategia de inmunización* que tiende a la *conservación* del sistema de fe [ya sea ésta religiosa, filosófica, cientificista u otras], independientemente de la suma de los costos epistemológicos de

inevitablemente —¿no es cierto?— se debería admitir como semánticamente aceptable, al menos para dicho escrito mío, que éste cabe entenderlo de *cualquier* manera, «tantas» como lectores haya de él mismo. Basta y sobra, según tú, para dar por probado —y, desde luego, *a priori*— que cualquiera de estas maneras es no menos atinada que cualquier otra, lo siguiente: el hecho de que le «demos» (así tú o quien fuere) *tales* interpretaciones (p. ej., las tuyas) al Comentario, sean cuales fueren.

Pues bien, reconozco que ateniéndose con debida fidelidad a ese saludable principio hermenéutico que amablemente vienes a proponerme («...espero que...»: ¡por favor, nada de citas!), entonces acerca de todo cuanto yo escriba no cabe otra conclusión que la infaliblemente justificada por el silogismo siguiente:

1. *Cualquier* interpretación otorgada a los textos de E. P. H. es no menos válida que cualquier otra (hay «tantas» interpretaciones creíbles para ese texto, cuantas sean las presentadas por quienes fueren).
2. *Hay* unas interpretaciones de esos textos presentadas por J. A. G. A.
3. Ergo, *esas* interpretaciones de J. A. G. A. son válidas *EN SÍ Y POR SÍ*, sin más.

O bien, este otro:

1. Para aquilatar la veracidad o falta de veracidad con respecto a *cualquier* interpretación de un texto de E. P. H., *no* es legítimo invocar citas de ese mismo texto.
2. J. A. G. A. ha presentado unas interpretaciones de un texto de E. P. H.
3. *Ergo*, para aquilatar la veracidad o falta de veracidad de estas interpretaciones *NO* cuenta presentar citas textuales de dicho texto [queda entre paréntesis si pueda existir algún modo diferente que resulte aceptable para impugnarlas, y en *qué* podría acaso consistir éste mismo].

* * *

En fin, querido Juan Antonio, lamento en el alma haberte sometido a la pena de distraer tu valioso tiempo en considerar un texto tan «complejo»[34] como ése mío, pero mentiría si digo que me arrepiento de haberlo escrito justamente *así*. Sin perjuicio de que, para las preferencias propias habituales en nuestros colegas, muy poco o nada me extrañaría que también la generalidad de ellos estén antes bien de acuerdo contigo en cuanto a que, cuando se trata de *ESAS* «complejidades», por cierto *¡más vale no meneallo...!**.

---

este procedimiento. En ciertos casos hasta se está dispuesto a sacrificar la lógica para no poner en peligro la fe [...]» (H. ALBERT, *Tratado sobre la razón crítica*, Buenos Aires, 1973: 141, cursivas añadidas aquí).

[34] «Es *complejo y lleno de recovecos* este documento [...]» (Réplica: palabras iniciales) (en los §§ 17 y 18 de mi comentario completo se examinan ciertas precomprensiones en cuanto a *qué* y *por qué* se «ve» como «complejo» en unos planteamientos teoréticos, y cómo depende justamente de tales precomprensiones el considerar si *esas* «complejidades» merezcan o no ser puestas sobre el tapete al tratar sobre los temas sustantivos en cuestión; ellas se encomian para ciertos trabajos, se objetan con respecto a otros, según los gustos académicos del lector).

* *e.p.haba.m@gmail.com // ehaba@ice.co.cr // enrique.haba@ucr.ac.cr.*

ENTREVISTA

ENTREVISTA A FRANCISCO LAPORTA

INTERVIEW TO FRANCISCO LAPORTA

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Empecemos, si te parece, con algunas cuestiones relativas a tu biografía intelectual. ¿Cómo fue que te convertiste en un filósofo del derecho? ¿Cuáles fueron tus primeros pasos en la disciplina? ¿Cómo era la universidad española que conociste en tu época de estudiante y en los primeros años como profesor? ¿Qué personas y qué lecturas jugaron un papel determinante en tu formación durante esos años? ¿Han cambiado mucho las cosas desde entonces en relación con cómo es hoy la universidad y con cómo es la filosofía del derecho que ahora se practica?*

Francisco Laporta: Me temo que mi biografía intelectual no va a ser todo lo excitante que yo desearía. Lo cierto es que me dediqué a la filosofía del derecho por un golpe de suerte. Por una serie de azares acabé cursando la carrera de derecho en la Universidad Complutense de Madrid, y lo hice bien pero sin gran entusiasmo. No me gustaba gran cosa el derecho positivo. Sin pretender ser fatuo, las disciplinas jurídicas particulares entendidas como el conocimiento de un segmento del orden jurídico español me parecían fáciles y poco interesantes. La mayoría de los profesores, además, incurrían en el defecto de orientarnos hacia el memorismo. Recuerdo, por ejemplo, que Federico de Castro nos examinaba por un «compendio» que era una suerte de concentrado de la primera parte de su tratado de derecho civil, y como no entendíamos demasiado y tenía fama de ser exigente, de ser el «hueso», nos lo teníamos que aprender de memoria. Yo tenía entonces muy buena memoria así que practicando la ley del mínimo esfuerzo para dedicarme a otras cosas que me interesaban más, la literatura, la música, el cine, etc., iba pasando los cursos sin grandes penas y con poca gloria. Pero el golpe de suerte vino cuando a mi grupo (entonces de unos sesenta estudiantes) le «tocó» cursar la filosofía del derecho de quinto año en la cátedra de Ruiz-Giménez. Si me hubiera tocado con Legaz Lacambra, seguramente no me hubiera dedicado a ello. Y no porque Legaz fuera peor filósofo que Ruiz-Giménez (es evidente que era mejor), sino porque su cátedra era mucho menos estimulante. Don Luis, como es sabido, era persona de orden y capaz de aburrir al más entusiasta. En la de Ruiz-Giménez, por el contrario, había mucha animación: una parte del curso se le cedía a Recaséns Siches (en sus visitas a Madrid desde Méjico) para que explicara pensamiento jurídico contemporáneo. Estaba muy bien informado, pero era muy vehemente, sobre todo cuando criticaba a los demás, especialmente a Kelsen, por el que parecía sentir una suerte de fobia extraña. «¡Dos muñones sangrantes!» exclamaba a grandes voces. Eso eran para él la realidad social y la valoración moral que Kelsen, según él, «amputaba» deliberadamente en su teoría del derecho. Otra parte del curso la daba Gregorio Peces-Barba, con su aura en-

tonces de abogado combativo ante el Tribunal de Orden Público, y en cuyas clases se filtraban con frecuencia sus firmes posiciones en torno a los derechos humanos en son claramente reivindicador. Pero lo más importante para mí fue que en sesiones aparte de clases teóricas y prácticas, Elías Díaz nos puso a discutir alguno de sus escritos. En particular uno que estaba trabajando sobre «La mediación hecho-valor en la sociología del derecho». Y fue importante por varias razones. En primer lugar porque era una práctica docente que no había visto nunca en la Facultad. En segundo lugar porque aquello era un debate en toda regla, sin el menor asomo de rigidez o jerarquía. Y ello aunque nosotros éramos unos jovencitos bastante insolentes (allí estábamos entre otros Liborio Hierro, Emilio Lamo de Espinosa, Eduardo Serra y yo mismo) y no aceptábamos así como así cualquier cosa. Eso de la «mediación» hecho-valor, por ejemplo, no acabamos de tragarlo. Y por último porque subrayaba mucho que por debajo y por encima del derecho positivo había cosas importantes: la realidad conflictiva de la sociedad y las aspiraciones de la justicia. Y esas cosas —los muñones de Recaséns— me interesaban como he dicho mucho más que el derecho positivo. En realidad vi el cielo abierto. A la vuelta del verano del último curso estaba ya trabajando con él con un nombramiento no remunerado (300 pesetas al año). Elías Díaz estaba en ese momento estudiando el krausismo español y trabajando sobre su memoria de cátedra (que aparecería en 1971), en la que incorporaba ya, entre otras cosas que me llamaron menos la atención, el tema de la ética en el positivismo lógico y la construcción de una teoría normativa del derecho a partir de Hart, Kelsen y Bobbio. El krausismo, como actitud, y la filosofía moral y jurídica analítica, como pensamiento, han sido desde entonces mis dos principales rasgos distintivos como profesor.

Me preguntas cómo era la Universidad aquella. Te lo puedes imaginar. Estamos hablando de una fecha mítica: mayo de 68. Ese mes precisamente acabé yo los estudios. Y es fácil imaginarse que en cuanto se abría la puerta del aula entraba a borbotones la efervescencia del país. Que, por cierto, no tenía mucho que ver con el 68 de París, aunque también éste tuvo aquí alguna influencia indirecta. En la cátedra de don Joaquín teníamos además un observatorio privilegiado, porque traía siempre mucha y muy buena información política. Tanto los profesores jóvenes como los estudiantes teníamos la causa de la democracia a flor de piel y estábamos muy comprometidos. En eso hay que reconocer que la Universidad actual no se parece a aquélla: ahora está desmovilizada e integrada. Quizás eso sea hoy más comprensible: en un contexto de libertades tiende uno a integrarse más, pero también falta ahora lo que se podría llamar «vivencia cultural» universitaria. Entonces leíamos y discutíamos de novela, de teatro, de cine, de todo. Recuerdo por ejemplo que un amigo mío (Felipe Gómez) y yo pedimos un día una entrevista al decano (a la sazón don Leonardo Prieto Castro) y nos la dio de mala gana porque supuso que era para hacer alguna «reivindicación» o queja política. Cuando le dijimos que sólo queríamos una pequeña ayuda para comprar un tocadiscos y algunos discos de música clásica para montar una pequeña aula de música, se entusiasmó y se entretuvo con nosotros más de una hora: qué íbamos a programar y cómo, y tantas cosas. Esa actividad tan elemental: poner, por ejemplo, los conciertos de Brandemburgo y dar unas pequeñas informaciones sobre Bach y la música de entonces, tuvo mucha asistencia. Tuvimos lleno o casi lleno en las pocas sesiones que hicimos. Y es que la gente vivía la universidad como una atmósfera «total», si se puede expresar así. Mucho más que como unos meros estudios superiores. No estaba

tan condicionada como hoy por clases, seminarios, asignaturas obligatorias, guías docentes, horarios y esas cosas. Eso por no hablar de las conferencias, especialmente si tenían algún mordiente político. Entonces había llenazo en el Aula Magna. Esas cosas no se ven ahora.

El libro de Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho,* fue una influencia duradera en mí (no seguramente en la dirección que Elías hubiera querido), pero también me impulsó mucho la lectura de un pequeño libro de Mary Warnock, titulado en la edición española *Ética contemporánea* (el título de la edición inglesa era *Ethics since 1900*), que tradujo Conchita López-Noguera y presentaba Javier Muguerza, con una crónica muy bien hecha de la filosofía moral analítica. Puede que no parezcan hoy tan importantes por su contenido, pero sí lo fueron como puertas que nos permitieron entrar en espacios nuevos, espacios casi inagotables en que nos hemos movido durante muchos años. Por lo que a mi interés por la historia del pensamiento español atañe, fue un gran descubrimiento la *Minuta de un Testamento* de Gumersindo de Azcárate, que el propio Elías había publicado entonces con un sabroso estudio preliminar. Ahí fue donde por primera vez entré en contacto con el talante ético y educativo de los krausistas españoles.

Entre la filosofía del derecho de entonces y la que ahora se cultiva en España, ha habido un cambio importante. Cuantitativo también, desde luego, pero sobre todo cualitativo. Hoy se hace en España una filosofía general, y una filosofía del derecho en particular, de buen nivel, y hay más gente y mejor orientada que entonces. Hay muchos departamentos en los que raro es el año en que no se reciben tres o cuatro invitaciones para dar conferencias fuera. Y somos más escuchados en foros internacionales.

M. A.: *Avancemos algunos años en tu biografía intelectual. Has dicho que el krausismo y la filosofía moral y política de corte analítico son tus señas de identidad como profesor. ¿Podrías explicarnos cómo ha repercutido eso en tu obra escrita y en tu actividad docente? ¿Cuáles consideras que han sido tus principales aportaciones en la filosofía del derecho? Aunque hayas mantenido siempre posiciones de fondo de carácter socialista y liberal (la influencia krausista) y tus escritos (todos ellos) sean sin duda un ejemplo magnífico de utilización del método analítico para abordar problemas de filosofía práctica, ¿cabe hablar de algún tipo de evolución en tu obra? De ser así, ¿en qué habría consistido?*

F. L.: El krausismo español estaba en el núcleo de mi tesis doctoral. Junto a otros compañeros y en el marco de un programa de investigaciones sobre pensamiento español contemporáneo me dediqué a diseccionar lo que había de interesante en la aportación que el ovetense Adolfo González Posada había hecho al derecho público español del XIX. El mundo del derecho y sus enfoques da muchas vueltas entre finales del XIX y la segunda mitad del XX. Eso hace que Posada sea hoy día poco relevante como jurista, pero a mí me abrió los ojos hacia un cierto talante personal y universitario. El krausismo no tiene hoy demasiado interés teórico, pero a mí me influyeron sus derivaciones prácticas. Su lucha por la integridad moral, por adoptar posiciones de principio frente a problemas sociales y políticos, su apuesta por la educación. Creen que la única posibilidad de reforma social y prosperidad cultural y moral es la educación de la gente. Y eso hace que para ellos la educación como profesión sea una apuesta sobre todo vocacional, moral, con una justificación de fondo. No como la que hoy se da del «mer-

cado de trabajo» y esas cosas. Eso me influyó. Dedicarme a la enseñanza universitaria exclusivamente ha sido siempre para mí una manera de llevar al mismo tiempo una vida decente y una vida interesante. Siempre he tenido una gran curiosidad, dispersa y arbitraria muchas veces, pero muy intensa. Me he sentido personalmente identificado con aquella inversión que hizo Bobbio de la tesis sobre Feuerbach: los no-filósofos se han dedicado a cambiar el mundo, ahora necesitamos entenderlo. Cuando uno se jubila y mira hacia atrás, le satisface haber llevado una vida razonablemente digna y llena de interés profesional. Mi afición a la pedagogía (que no tiene nada que ver con la tecnocracia pedagógica de hoy) viene de ahí. Y algunos trabajos sobre la Institución Libre de Enseñanza, Giner de los Ríos, la Junta para Ampliación de Estudios, etc., que sigo haciendo todavía, también con una intención subliminal: poner de manifiesto que las cosas se pueden hacer bien.

Respecto de la filosofía analítica, cuando en 1970 Elías Díaz funda el departamento de la Universidad Autónoma de Madrid, inauguramos un curso de «teoría del derecho». Nuestros textos básicos fueron aquellas dos teorías (de la norma y del ordenamiento) mimeografiadas de Bobbio, el libro de Hart y, como telón de fondo, la obra kelseniana. Ese creo que es el marco en el que se ha desarrollado mi acercamiento teórico al derecho. Soy un hijo de lo que he llamado la gran década de las normas. La *Teoría de la norma jurídica* de Bobbio (1958), la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen (1960), el *Concepto de derecho* de Hart (1961), *Norma y acción* de von Wright (1963), *El concepto de sistema jurídico* de Raz (1970) o *Normative Systems* de Alchourrón y Bulygin (1971) me siguen pareciendo hoy hitos con los que hay que contar. Fueron responsables además del fácil hermanamiento que tuvimos en seguida (en buena parte a través tuya) con la filosofía del derecho argentina, y también con la gran corriente de herederos de Bobbio en Italia. Y ello en coherencia con la posición positivista que todos ellos mantenían y que nosotros heredamos también. La opción por el positivismo tenía para nosotros dos caras: la cara científica, es decir, la aproximación al derecho tal y como era, en lugar de la propuesta de un derecho impostado y falso; y la cara política, porque en la España de los sesenta ser positivista era también una suerte de distinción política. Por absurdo que parezca, el iusnaturalismo militante que había sido la impronta de la filosofía jurídica del franquismo había excluido del botín de las cátedras (porque fueron entendidas —no se olvide— como una suerte de botín de la guerra civil) a todo el que se declarara positivista. Esas distorsiones todavía influyen en los debates actuales.

En filosofía moral, el contacto con el positivismo lógico y la filosofía del lenguaje fueron muy importantes para mí. Y me empujaron hacia una posición muy escéptica en materia de enunciados de justicia. Ayer era muy rompedor y rotundo, pero los emotivistas mantenían posiciones cercanas. Yo no llegué a tanto porque como seguramente recordarás en el medio ambiente universitario de entonces había una especie de marxismo latente y simplista que nos impulsaba si no a la afirmación, al menos sí a la negación de ciertas cosas. Y una filosofía como el positivismo lógico no era compatible con eso. Es curioso que entonces participáramos mucho en actividades dirigidas a unir académicamente el marxismo y el positivismo lógico. No era por su posibilidad de encaje teórico, que yo creo que es muy remota, sino porque eran seguramente las dos filosofías que más potencial tenían de enfrentamiento con el *establishment*. En mí

quedaron, desde luego, dos cosas: una posición no cognoscitivista en materia de juicios morales y una inclinación al análisis conceptual como tarea de la filosofía del derecho. Cómo influyó esto en mis escritos es otro tema. Mi pequeña obra es predominantemente de ensayos y bastante dispersa. Yo creo que hay dos tipos de personalidad en esto de configurar la obra de cada uno: hay pensadores cuya obra gira en torno a un tema que van desarrollando y acrecentando paulatinamente con un cierto sentido de conservación de la obra, y otros que se ocupan de temas heterogéneos y variopintos, y cuando acaban uno pasan a otro diferente casi con la intención de liberarse del anterior. Kelsen es claramente del primer tipo; Berlin del segundo. O un ejemplo más cercano a nosotros: Ferrajoli es del primer tipo; Ernesto Garzón Valdés del segundo. Yo soy mucho más de este segundo tipo. He escrito muchas cosas por simple incitación externa, sin seguir un hilo conductor. El único hilo que puedo identificar es precisamente esa actitud conceptual de diseccionar los problemas y contrastar la solidez de los argumentos para reconstruir nuevamente el concepto libre de confusiones y de mezcolanzas lingüísticas o morales. Esto en el lenguaje político me parecía casi un deber, por sus connotaciones emocionales y todo eso. Cuando fui a Inglaterra al final de los 70 esto era casi una moda (Felix Oppenheim y Barbara Goodin sacaron dos libros muy buenos de ese estilo). Eso influyó en mis trabajos sobre la libertad, la igualdad, los derechos humanos, la democracia, etc. Y además me ayudó a enfocar algunos temas que suscitó entonces la discusión de la Constitución.

M. A.: *Me gustaría que desarrollaras un poco más dos puntos a los que acabas de referirte y que, obviamente, son centrales en cualquier filosofía del derecho. Uno atañe al positivismo jurídico en cuanto posición teórica heredada de los Kelsen, Hart, etc. Teniendo en cuenta además la profusa (y quizá también un tanto confusa) discusión de los últimos tiempos sobre el positivismo jurídico, ¿podrías explicarnos cuál es hoy tu posición al respecto? El otro punto es el del no-cognoscitivismo en materia de juicios morales. ¿Podrías precisar también algo más en qué consiste ese no-cognoscitivismo? Y, más en particular, ¿de qué manera es compatible esa posición de teoría ética con lo que defendiste en un muy influyente artículo sobre el concepto de los derechos humanos que se publicó en* Doxa *(en el núm. 4, en 1987)? En ese artículo, como seguramente recuerde más de un lector de esta entrevista, subrayabas la importancia de la dimensión valorativa de los derechos a la que, de alguna manera, adjudicabas cierta prioridad en relación con la dimensión normativa. ¿Es compatible poner en el centro del concepto de derechos humanos la idea de valor y ser un no-cognoscitivista? ¿De qué manera?*

F. L.: Dejando a un lado la condición esperpéntica de nuestro contexto histórico, creí siempre que ser «positivista» en sentido lato era la única actitud científica admisible. Esto tanto por lo que hace a esa práctica social que es el derecho como por lo que hace a la historia y por lo que hace a la sociología, la psicología, la economía, etc. Tratar de conocer el derecho a partir de hechos corroborados de carácter social o individual me parece ser la única actitud que cabe. Es lo que se viene llamando desde Hart tesis de las fuentes sociales del derecho. Esto no significa necesariamente tener que militar en alguna de las versiones que se han dado de esa actitud: realismo, formalismo, legalismo, judicialismo, etc., y menos todavía, naturalmente, estar obligado a concluir que el derecho positivo es justo o moralmente aceptable por ser tal. Lo único que significa es eso: no hay criterios transcendentes, suprasociales o parasociales que nos indiquen qué

es el derecho. La identificación del derecho se consigue a partir de hechos complejos. Si queremos saber qué es el derecho, hemos de acercarnos a un conjunto de hechos que se dan en la realidad social. Esos hechos pueden tener una dimensión externa y una dimensión interna, pueden ser hechos brutos o institucionales, lingüísticos o conductuales, colectivos o individuales, lo que sea, pero sólo a partir de ellos, sólo desde esa perspectiva, puede el teórico pretender construir una imagen sólida de la práctica social del derecho. Entendido así, el positivismo define las reglas de juego de la comunidad científica de los juristas. Este punto de partida ineludible no implica, desde luego, que la teoría del derecho sea una ciencia empírica como lo puede ser la geología. Aunque C. P. Snow tenía razón al criticar la idea de las dos culturas desde su perspectiva pedagógica, no podemos eludir la realidad de que la conducta humana, y las prácticas sociales que derivan de ella, son ininteligibles al margen del punto de vista de quienes la realizan o participan en ellas. En este sentido las ciencias humanas son diferentes de las ciencias naturales, y creo que son irreductibles a ellas. Y la teoría del derecho también. Pero son ciencias en todo caso a partir de la elaboración que hacen de ese complejo conjunto de hechos.

Es obvio también que el derecho suministra a los que lo viven razones para la acción, y también que eventualmente pueden ser razones morales, aunque esto sea, en mi opinión, un rasgo contingente. Y si nos introducimos en su práctica y comenzamos a argumentar desde dentro con la vista puesta en la solución de problemas, puede ser que alguno de los tramos de nuestras argumentaciones tenga un neto carácter moral. Esto en el marco de los órdenes jurídicos constitucionales es evidente. Y por eso seguramente se piensa que el otro gran rasgo del positivismo, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, está haciendo agua. Sin embargo, si lo ves desde ese punto de vista procedimental o institucional que siempre tiene el derecho, esto no es así. Las normas y decisiones alcanzan su carácter de derecho simplemente por ser producto de instituciones y procedimientos, no por tener ningún ingrediente moral.

Comprenderás que desde este punto de partida mi positivismo sea muy poco ambicioso y que no tenga ninguna animadversión al iusnaturalismo, ni esté dispuesto a montar ninguna clase de facción académica contra él. Sucede simplemente que creo que no ha logrado elaborar una teoría del derecho tan convincente como la del positivismo, es decir, una teoría que diera una explicación satisfactoria del derecho tal y como lo experimentamos cotidianamente. Y una teoría lo suficientemente general, no una teoría circunscrita a un orden jurídico particular.

En cuanto a lo que me preguntas sobre el no cognoscitivismo ético, me llegó un poco extemporáneamente, tarde, seguramente por razones de contexto también. Igualmente por azar (mi gran amigo Francisco Pabón, que luego fundó la editorial Debate, se marchó entonces a enseñar a Inglaterra, y yo le visitaba con frecuencia) me transformé enseguida en un joven anglófilo. Ya no soy joven, pero sigo siendo anglófilo. Y en la universidad inglesa de los años sesenta se dio una curiosa paradoja. Los embates del positivismo lógico y el primer Wittgenstein habían empujado a la ética al margen de la racionalidad, pero el medio ambiente, seguramente por el excelente funcionamiento de su Estado del bienestar (la Sra. Thatcher llegaría a finales de los setenta) asumía con toda naturalidad los postulados utilitarios del «bienestarismo». Eso

lo recibimos aquí un poco tarde, como digo, pero ofrecía la sorprendente posibilidad de ser un audaz debelador de los juicios morales y un socialdemócrata consecuente. Ni que decir tiene que este era un traje que nos venía a muchos a la medida. Por tardía que fuera, la denuncia de la irracionalidad del discurso moral (Carnap, Ayer, el primer Wittgenstein, etc.) era un arma muy eficaz contra el dogmatismo iusnaturalista que era el enemigo hegemónico entre nosotros. Y esa irracionalidad pretendía sustentarse sobre todo en la imposibilidad de atribuir valores de verdad a los enunciados morales. De ahí el no-cognoscitivismo, que por otra parte es todavía, me parece, la posición predominante en la filosofía moral actual. Lo que esa filosofía ha hecho, y con ella hemos ido evolucionando todos, es un esfuerzo cada vez más exitoso por reintroducir la racionalidad en el discurso moral, pero sin afirmar sin embargo que las proposiciones morales tengan valor de verdad o falsedad. La progresiva «racionalización» del discurso moral supone también abandonar el simplismo aquel de que los juicios morales eran puramente emocionales y subjetivos. Las cotas de racionalidad y objetividad alcanzadas hoy merced a la reflexión moral son altas, pero sin embargo, la idea de que las proposiciones éticas sean verdaderas o falsas me parece todavía lejos del alcance de la mano. El abandono generalizado de las posiciones llamadas «arquimédicas» no es sino un reflejo de esto.

Todo esto, sin embargo, no tiene una relación directa con mi teoría de los derechos humanos, que quiso limitarse explícitamente a ser un análisis conceptual. En realidad pasé en Oxford un semestre solamente para tratar de refinar el concepto de derechos humanos que se manejaba entre nosotros. Y estuve días enteros en la Boldleian Library leyendo sistemáticamente y fotocopiando mucho. Con eventuales sesiones con Raz, y una larga entrevista con Hart, que apoyó por cierto claramente mi tesis sobre la noción de los *moral rights* en general, y en Austin en particular. Me asombraba que todo ese discurso serio y sofisticado sobre los derechos humanos apenas se hubiera abierto paso entre nosotros. Aquí se usaba, en el mejor de los casos, la teoría alemana de los derechos públicos subjetivos, y lo que reivindicábamos políticamente no podíamos explicarlo con acuidad. Los derechos humanos no podían ser derechos solamente por estar recogidos en una constitución, porque eso parecía empobrecer innecesariamente ese discurso, con todo su potencial reivindicador. Es lo que acabó por ser la ponencia que presenté en el plenario del Congreso de la Sociedad Española que se celebró en Alicante en 1987.

M. A.: *Permite que te insista todavía sobre esto último. Pero me parece importante, para los lectores de* Doxa*, conocer más detalles sobre tu posición al respecto.*

Te consideras un positivista jurídico en un sentido lato de la expresión y afirmas no tener ninguna animadversión hacia el iusnaturalismo, sino que simplemente te parece que «no ha elaborado una teoría del derecho tan convincente como la del positivismo». Dos preguntas sobre esto que quizá sean una sola: 1) ¿Quieres decir con ello que la alternativa que se le ofrece al teórico del derecho es simplemente la de ser un positivista o un iusnaturalista, pero nada más? Y 2) ¿Qué piensas a propósito del postpositivismo, de posiciones como las de Dworkin, Alexy o Nino que no son positivistas (creo que también puede decirse de Nino) pero tampoco iusnaturalistas?

Y sobre el no-cognoscitivismo. Asumes claramente una posición muy alejada del emotivismo y favorable a la introducción de la racionalidad en el discurso moral, pero con

el límite de que las proposiciones éticas no pueden ser consideradas como verdaderas o falsas. ¿Pero hasta dónde llega, en tu opinión, la racionalidad del discurso moral? ¿Sería también racional el discurso sobre los valores, sobre los fines últimos?

F. L.: No, no. No se trata de verlo como una alternativa excluyente y obligada. Más bien se trata de restarle importancia como categoría para entender o clasificar las teorías del derecho. Y ello porque la mayoría de los iusnaturalismos actuales comparten también lo que Bobbio llamó el *approach* positivista, y muchos positivismos no quieren prescindir de algunas connotaciones iusnaturalistas. Por ejemplo, Alexy, o MacCormick en sus últimos escritos, son dos positivistas por su acercamiento al derecho que, sin embargo, aceptan la llamada fórmula de Radbruch. Creo que el neoconstitucionalismo no deja de ser un enfoque positivista del orden constitucional que toma conciencia de la presencia ineludible de argumentos morales en el discurso de los derechos fundamentales. Nino también tiene un enfoque positivista de origen que se da cuenta de pronto de que no se puede dar cuenta de la vinculatoriedad del derecho si no se hacen intervenir en la argumentación algunas premisas morales. Pero Nino viene a decirnos también que todo esto da un poco igual, que hay muchos conceptos del derecho y que según el que usemos tenemos que contar con unos ingredientes o con otros. Creo que no es un buen argumento, pero expresa sin embargo lo relativizada que está hoy la discusión. Por lo que a mí respecta, sigo pensando que no es convincente afirmar que para hacer una descripción exhaustiva del derecho (ofrecer un concepto del derecho) se tenga que participar de alguna convicción moral, que en el discurso sea preciso incluir *desde dentro* algún postulado moral. Y tampoco, naturalmente, que para alcanzar una conclusión sobre lo que el derecho de un país dicta para un supuesto de hecho sea necesario comulgar con los valores o bienes incorporados a ese derecho o suponerlos fundados. Que el monarca medieval tuviera *jurisdictio* y la administrara bajo el roble centenario en virtud de cierta sabiduría superior que se le atribuía entonces es algo que puede ser descrito perfectamente sin necesidad de pensar que el conjunto de patrañas que acompañaban a todo ello tiene valor alguno.

La pretensión del iusnaturalismo actual es que el núcleo, el arquetipo de lo que el derecho es no puede explicarse sin incluir un sentido, un propósito moral sin el que sería imposible hablar de derecho ni comprender los conceptos jurídicos básicos. Yo me inclino por pensar que un propósito de ese tipo puede en efecto pensarse, pero no tiene por qué ser siempre moral (puede ser prudencial, como resolver problemas básicos de coordinación o extraer la violencia de las interacciones humanas), y en todo caso el teórico del derecho no necesita participar de ese propósito, sino simplemente dar cuenta de él como un hecho.

Y por lo que respecta al no cognitivismo en ética, yo me atengo a la vieja sabiduría jurídica: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Siempre hay que estar atento a las peripecias del objetivismo y del realismo moral, pero la prueba de que los juicios morales pueden ser testados con criterios de verdad o falsedad incumbe a quien lo afirma. Mientras tanto hemos de aceptar que nuestras opciones morales básicas quizá no estén asentadas en una prueba perfectamente racional. Si alguien las comparte, podremos razonar con él. Pero si las negara, entonces no tendríamos nada que hablar. Perteneceríamos, por así decirlo, a dos mundos imposibles de traducirse entre sí, que no podrían establecer entre sí vínculo racional alguno.

M. A.: *Bueno, creo que ha llegado el momento de que hablemos de tu libro «El imperio de la ley. Una visión actual». Una obra publicada en 2007 y que ha tenido una gran y merecida influencia. Cuando apareció, recuerdo que escribí, en una recensión del mismo, que era un libro destinado a convertirse en un «clásico contemporáneo» del pensamiento jurídico (y político), y me parece que eso es lo que ha ocurrido. Defiendes ahí una determinada manera de entender el imperio de la ley, lo que te lleva a reivindicar una serie de valores vinculados con lo que suele llamarse «legalismo» o «formalismo», y con ello, también, una teoría de la interpretación que pone mucho énfasis en la necesidad de «someterse a la letra de la ley». ¿Podrías explicar con algún detalle cuál consideras que es el mensaje central de ese libro? ¿Y qué opinión tienes en relación con cómo se ha recibido por parte de los teóricos del derecho?*

F. L.: Debajo de mi preocupación por el imperio de la ley hay situaciones políticas antiguas e influencias académicas muy variadas. Dejando a un lado experiencias personales (que también las hubo), el primer mensaje claro que yo recibo en favor de la legalización rigurosa del poder es en el entorno de *Cuadernos para el Diálogo.* Yo no pertenecí al consejo de Cuadernos, pero en los primeros años de la universidad estuve rodeado de gentes que estaban allí. El propio Ruiz-Giménez, Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba, Leopoldo Torres, etc. Pues bien, en ese entorno, la idea de que la ley de prensa de Fraga de 1966 (que establecía una especie de «tipo penal» abierto sobre lo que se podía y no se podía publicar, y preveía la posibilidad de un recurso judicial para argumentar la decisión del poder) había sido un avance respecto de la pura y simple arbitrariedad de la censura anterior era una idea muy explícita. Vista desde una óptica liberal, la ley Fraga era inadmisible pero entonces y allí dentro se matizaba más. La gente de ahora no ha vivido nunca la sensación de incertidumbre que se tenía entonces respecto de conductas triviales. En esos años hice algún pinito de abogado para tener dinero de bolsillo: recuerdo que defendí a un chico de un cargo penal por repartir a la puerta del metro la declaración de derechos humanos de las Naciones Unidas. Y cosas así. Como influencias académicas, estaba ahí, por supuesto, la noción de Estado de derecho de Elías, cuyo primer ingrediente era el imperio de la ley como expresión de la voluntad general. Aunque creo que Elías, explicablemente, subrayaba más lo de la voluntad general, y no tanto lo del imperio de la ley. También está la figura de Eduardo García de Enterría y su modo de entender el derecho administrativo. Parece un poco enfermizo decir que uno se ha emocionado con un escrito de derecho administrativo, pero quien lea, aún hoy, con un poco de imaginación «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo», de 1962, experimentará lo que tuvo de llamamiento. Y también está, mucho después, una experiencia que no quiero dejar de mencionar. En los últimos años ochenta yo tuve una relación intensa con Carlos Nino; él en su papel de asesor del presidente Alfonsín y yo como director del Centro de Estudios Constitucionales colaborábamos mucho institucionalmente y estábamos muy en contacto. Por eso tuve la oportunidad de asistir al impacto que la realidad argentina tuvo en su pensamiento. Cuando iba viendo que sus ideas y sus reformas chocaban siempre con la realidad de unas gentes acostumbradas a sortear o ignorar las leyes, se dio cuenta de la importancia de la presencia cotidiana del derecho en las interacciones humanas y en las relaciones de poder. Ese libro suyo «Un país al margen de la ley», al final de los gobiernos de Alfonsín, sobre un país con tanta tendencia a la anomia, es un testimonio extraordinario.

Lo que me sugirieron todas estas lecturas y experiencias fue que el tópico que reinaba entonces en nuestro medio ambiente de la izquierda era una simplificación: eso de que la weberiana legitimación legal-racional era el caldo de cultivo de la economía capitalista, o eso de que las leyes eran un disfraz de la dominación de clase, etc. Me di cuenta de que aunque algunas de esas afirmaciones tuvieran su punto de verdad, las cosas tenían una profundidad mucho mayor. Era la peripecia misma del individuo como ser autónomo la que estaba en el subsuelo del ideal del imperio de la ley. Se daba la paradoja de que bajo un gobierno de leyes acatadas el individuo era más libre. Por supuesto que puede haber leyes tan injustas que el deber más profundo que tenga el ciudadano sea desobedecerlas, pero sería deseable que la obediencia a la ley fuera también, si no un deber *prima faciae,* al menos una actitud tendencial de la ciudadanía.

Así empezó a construirse el libro del que dices esas cosas tan notoriamente exageradas. Como una suerte de descubrimiento paulatino de las implicaciones que tenía esa idea subyacente. Y, con una cierta intención provocadora en el medio ambiente de *dworkinismo* que hemos vivido estos años, me complacía en recordar el legalismo, el formalismo, el deductivismo, el literalismo, etc., que parecen implicados en la idea de imperio de la ley. Para alguien que durante sus estudios no había tenido especial afición al derecho, ello suponía una suerte de epifanía de las leyes, una apología del derecho por el derecho mismo. Me complació especialmente comprobar en esos años que en un mundo tan distante como el de la economía —siempre tan proclive a despreciar o minusvalorar los aspectos jurídicos de la convivencia humana— había irrumpido también un punto de vista semejante: había una correlación clara entre prosperidad económica, libertad ciudadana y *rule of law*; las instituciones abiertas eran condición necesaria del crecimiento económico sostenido. Hace unas semanas, cuando explicaba estas cosas en la Universidad de Sevilla, Antonio Pérez Luño me sugirió agudamente que estábamos pasando de la explicación económica del derecho a la explicación jurídica de la economía. Lo único que me da miedo lamentar es que los juristas no se hayan enterado todavía de la responsabilidad que esto supone.

M. A.: *Me gustaría que volviéramos ahora a tu biografía intelectual. Nos has contado cómo fueron tus primeros años de filósofo del derecho y quiénes fueron los autores que más te influyeron entonces. ¿Pero cómo transcurrió luego tu vida académica y profesional? ¿Hubo otras influencias importantes? Y, aparte de lo que acabas de mencionar en relación con Carlos Nino, ¿qué te aportó tu largo periodo como director del Centro de Estudios Constitucionales en Madrid?*

F. L.: Hay un momento decisivo inmediatamente después de mis primeros años, que es cuando, en torno a 1972, empiezan las tareas reales del departamento de Filosofía del derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Se reclutaba a los profesores mediante contrato, y el paso del status al contrato contribuyó aquí también a liberalizar la institución. El contratado fue Elías Díaz. Y con él nos vamos Liborio Hierro, Virgilio Zapatero y yo, y poco después, en la primera o segunda promoción de la universidad aparece un joven inteligente, osado y combativo, y con una vocación imparable, Alfonso Ruiz Miguel. A continuación vienes tú por una larga temporada y después se une Juan Carlos Bayón y alguno más. Sólo con mencionar esos nombres cualquiera puede suponer que aquella atmósfera era muy estimulante. Ese ambiente académico de polémicas filosóficas y políticas incesantes pero de relaciones personales de amistad

y confianza es una deuda que tenemos todos con Elías. Es como una obra de arte impagable dentro de la que ha sido una suerte (y una gran tranquilidad de espíritu) haber podido trabajar tantos años. Aquel despacho grande de Elías, con asientos cómodos y mucha luz, era un lugar muy propicio para pensar y discutir de filosofía jurídica y política. Añade a ello el marco temporal: la transición política y la elaboración de la Constitución. Y eso que las cosas no estaban nada claras profesionalmente. Elías sólo tenía ese contrato y unas oposiciones en el alero; y recuerda que fue entonces cuando a ti y a mí nos maltrataron en una oposición a «adjuntos» simplemente porque se le antojó a un fanático arbitrario y enfermo de vanidad, que amenazó también con concurrir a la cátedra de la Autónoma simplemente por el sectarismo de excluirnos. ¡A cuántas claudicaciones morales tuvo uno que asistir en aquellos años!

Pero dejemos estos episodios amargos a un lado. Lo cierto es que a aquel despacho de Elías vino un día Ernesto Garzón Valdés. En la conversación le comenté de pasada que tenía mucho interés en leer su libro en dos pequeños volúmenes sobre la naturaleza de la cosa, pero que era inencontrable en Madrid. Pues bien, a las pocas semanas, en una nueva visita, me trajo un ejemplar dedicado con esa delicadeza tan propia de él. Desde entonces Ernesto ha sido también un referente para mí, alguien que se ha desvivido por incitar, colaborar, ayudar. Si tuviera que pensar en alguien que personificara esa actitud constante de estímulo y cooperación hacia el trabajo de los demás ese sería sin duda Ernesto. Además, Ernesto prolonga muy bien una percepción de las cosas que yo había leído ya en Giner de los Rios: «Lo que sabemos, lo sabemos entre todos». Es decir, estamos necesariamente engarzados en un tejido del cual somos como mucho un punto, un hilo que ni siquiera es posible comprender sin el resto de ese tejido. Esa actitud tiene en Ernesto un corolario claro: lo importante no es tanto hacer una obra personal, que seguramente no podrá aspirar ni a una simple nota a pie de página en la historia, como esforzarse por ayudar a que los telares sigan en marcha y cooperar con el trabajo de todos. Es en un caldo de cultivo como ese donde puede aparecer inopinadamente la obra importante. Creo que para hacer esto lo que necesitamos es cierto rigor a la hora de seleccionar a las personas y valorar los trabajos, y cierto espíritu de cooperación con los colegas. Esta convicción es algo que me ha acompañado siempre desde entonces. Y me hace bastante inmune al narcisismo que suele darse en la vida universitaria.

Cuando las cosas políticas y profesionales se estabilizaron tuve la satisfacción de dirigir, desde 1987 hasta 1993, el Centro de Estudios Constitucionales. Fue una experiencia interesante que —además de lo que supuso por sí misma— me enseñó al menos dos cosas importantes. La primera es que la dedicación *full time* a la universidad es condición para producir una obra de calidad. Esa tendencia que hay, por ejemplo en las facultades de derecho o económicas, a pensar que puede compatibilizarse el trabajo profesional con el trabajo académico sin pagar un peaje importante, es engañosa. Cuando el académico se va a un despacho, una empresa, un organismo público, etc., la calidad de su trabajo académico se resiente mucho. Las demandas de la práctica cotidiana le hacen bajar mucho su listón de preferencias e inquietudes. Eso lo notaba yo en que las obras más sólidas de muchos de nuestros colegas de derecho público eran las que hacían de jóvenes (tesis doctorales, y trabajos primeros). En cuanto se incorporaban de letrados o magistrados, se acabó. Pero hay siempre una tentación de irse. ¿Por qué?

Pues porque el trabajo universitario de excelencia está mal pagado y no está reconocido socialmente. Esto es una tragedia sin paliativos. Si un país quiere tener buena ciencia tiene que pagar a los que se dedican a ella, e incorporar la idea de que se trata de un ingrediente fundamental del desarrollo de la sociedad. En segundo lugar, aprendí que la inversión en reuniones aparatosas, congresos «de campanillas», actos públicos solemnes, etc., es decir, todo eso que ahora ha dado en llamarse «eventos» y para lo que se buscan «sponsors», es, por lo que hace a la ciencia y a la cultura, superficial e ineficiente. Son pompas de jabón, aspavientos científicos. En el Centro existe la permanente tentación de organizar actos, presentaciones, conferencias, homenajes, etc. Pues bien, eso rinde bastante poco y tiene un coste muy alto. Con los recursos dedicados a ello se pueden financiar investigaciones serias, de esas que se hacen en soledad, traducciones importantes (por ejemplo, las que vosotros hicisteis de Alexy y que en gran medida han determinado su presencia entre nosotros y en los países latinoamericanos), seminarios especializados, apoyo a revistas sólidas, etc., que quedan siempre ahí y fecundan mucho mejor la vida académica. Por eso me centré mucho en las publicaciones y en la atención a los trabajos que se desarrollaban en la Universidad. El Centro es un organismo extraño. Es una dirección general que depende de la Presidencia del Gobierno, y por tanto, tiene una faceta claramente política, pero su otra cara mira a la Universidad, y esa es su dimensión académica. Hay muy pocos organismos equivalentes en otros países. Y su única interpretación plausible es la de que cuando el gobierno se enfrente a un problema, pueda disponer de una información de calidad sobre lo que la Universidad haya trabajado sobre él. Y para eso tiene que convocar a los profesores a que discutan y publiquen en sus colecciones. Y tienen que pagar bien esos trabajos. Yo tuve la suerte de tener una gran sintonía con el ministro que me propuso para el Centro, que era Virgilio Zapatero, muy cercano y sensible a los aspectos cualitativos de lo que yo hacía. Creo que logramos poner al Centro a un nivel alto. Y también, ya que lo mencionas, a la filosofía y la teoría del derecho que se hacía en España. Esto, como es natural, me complació especialmente. Ante los colegas de derecho público empezaron a aparecer libros y estudios de teoría del derecho que mostraban su potencial para enriquecer sus propios puntos de vista. La promulgación de la Constitución les había obligado a una labor titánica de exégesis y construcción dogmática, y la hicieron admirablemente bien, pero enseguida tuvieron que empezar a mirar un poco más abajo del precepto y la sentencia constitucional, y para eso necesitaban, y necesitan, la teoría del derecho, la teoría de la argumentación y la filosofía moral. La colección *El derecho y la Justicia,* cuyo primer libro es la tesis doctoral de Alfonso sobre Norberto Bobbio (1983, durante el breve mandato de Elías, que la creó) lleva ya más de setenta títulos, y es, de lejos, la más vendida y reeditada de todo el Centro. Creo que fue un poco, junto a la revista *Doxa*, la columna de sustentación de la nueva teoría del derecho en España.

M. A.: *Espero que no te parezca excesiva la pregunta que ahora te voy a hacer. Pero, después de toda una vida dedicada al estudio y a la docencia de la filosofía del derecho (ampliamente entendida), ¿podrías exponer, en líneas generales, cuál es tu visión de esa disciplina? O sea, cuáles son, en tu opinión, los grandes temas de la filosofía del derecho, cómo habría que abordarlos y a qué conclusión has llegado tú en relación con cada uno de ellos. Si quieres, una exposición esquemática de lo que antes se llamaba «memoria de cátedra», el concepto, el método y las fuentes de la asignatura, pero entendido de manera libre, y realizada no antes, sino después de haber sido catedrático durante muchos años.*

F. L.: Déjame que me zafe de los aspectos más formalistas y clásicos de esta pregunta. Me parece más estimulante hablar del papel que creo pueden cumplir las reflexiones filosóficas en el marco de la educación jurídica y la elaboración «doctrinal» del derecho. En primer lugar, creo que es claramente escandaloso que nuestros colegas de las disciplinas jurídicas particulares sean tan reticentes a que en los planes de estudio se incluya una materia muy seria dedicada a reflexionar sobre la justicia, una teoría de la justicia. Y más cuando suele darse el caso de que si les pides a muchos de ellos que hablen de la justicia sólo encontrarás que farfullan cuatro lugares comunes sin gran contenido. Y esto incluye a los constitucionalistas, que deberían saber que el fundamento de toda constitución es una concepción de la justicia. Que en una Facultad de derecho no se estudie seriamente teoría de la justicia me parece una seria limitación. Teniendo en cuenta además que a partir de Rawls la reflexión filosófica sobre la justicia ha experimentado un crecimiento y una calidad antes inimaginables. Sin embargo, el desdén por la filosofía moral y jurídica se está incrementando más y más en las facultades de derecho europeas. La dimensión «tecnológica» del derecho se está imponiendo claramente sobre su dimensión formativa y social. Parece que los estudios de derecho están para enseñar meras tecnologías de aplicación de normas; sin preocuparse mucho por todo lo que subyace a esas normas, lo deseable y lo indeseable.

Y lo mismo sucede con los profesionales del derecho. Cualquiera que conozca a muchos jueces de esos que siempre hablan de administrar «justicia», sabe que carecen de las informaciones básicas para hacer una reflexión contemporánea sobre la justicia. Tampoco los abogados las tienen. Esto no quiere decir que sean técnicamente mejores o peores, los unos y los otros. Lo que quiere decir es que carecen de algunos de los ingredientes básicos de una formación sólida para comprender y aplicar el derecho. Me parece que los estamos educando para aplicadores del derecho mucho más que para juristas. Y ahora con las rigideces del proceso de Bolonia, mucho más. Pero eso está empezando a servir de poco. Tal y como veo yo las cosas el futuro de la convivencia entre los seres humanos plantea importantes incógnitas debido a problemas demográficos (la población humana no deja de crecer y migrar) y a problemas de concentración (dentro de pocos años el 80 por 100 de la humanidad vivirá en enormes megalópolis). Articular jurídicamente esa convivencia y las innumerables interacciones humanas que se den en ella será una tarea complejísima. De momento puede decirse que estamos fracasando en hacerlo. A los meros aplicadores de normas ni siquiera les dejan pasar a ciertos espacios urbanos. El derecho está ausente de esos espacios. Si no disponemos de una concepción general de lo que queremos que sea el derecho en esas sociedades seguro que fracasaremos del todo. Hay dos cosas que, por lo pronto, tenemos que pensar en profundidad: la noción de autoridad y la fundamentación de la obediencia al derecho. Los juristas las dan por supuestas. Si les preguntas por la autoridad, se limitan a señalarte las correspondientes normas positivas de competencia, y si les sugieres que quizá las normas jurídicas no sean tan vinculantes, directamente se echan a reír. Pero ambas cosas son temas vivos, y temas decisivos.

Por lo que respecta a los estudios de la dogmática jurídica, es decir, al estudio de las diferentes disciplinas jurídicas, un legalismo demasiado estricto que se concentra sólo en preceptos parece condenar a los juristas académicos a no ver por encima de

las leyes, o más allá de los artículos de los códigos o las sentencias de los tribunales. Se puede enseñar un semestre de contratos o redactar un manual al respecto sin interrogarse por qué han de cumplirse los contratos, qué fundamento tiene la idea de que sus cláusulas son vinculantes, etc. En la mayoría de los escritos de los civilistas españoles sobre derechos reales encontrarás poco sobre los fundamentos, la estructura normativa y los límites del derecho de propiedad, un tema muy vivo hoy y debatido en los escritos de la filosofía moral aplicada. Los penalistas están, creo, más dispuestos a ampliar sus horizontes, ahora que se va superando aquella obcecación germanófila que reinaba en la especialidad, pero todavía hay mucho formalismo ahí dentro. Y qué decir del derecho procesal. Sólo con ver el salto hacia delante que ha dado la cuestión de la prueba de los hechos merced al estudio teórico y filosófico se puede hacer uno idea de lo que sería el resto: la teoría del procedimiento, tan abandonada, o la teoría de la argumentación. Irás en vano a los especialistas en derecho procesal, derecho administrativo o derecho parlamentario a que te digan qué es un procedimiento, en qué se fundamentan sus distintos pasos, por qué se impone un orden «lexicográfico», cuál es el papel de las partes, etc. Sólo encontrarás la dogmática de los preceptos de las leyes y reglamentos correspondientes. Ninguna curiosidad ulterior por aspectos que a mí me parecen esenciales para interpretar las normas o postular cambios en ellas. Esto lo estoy experimentando estos años en relación con una disciplina en particular: el derecho internacional. Tengo una cierta preocupación, porque si eso que se llama globalización no se juridifica adecuadamente, si se mantiene en un mundo de relaciones informales no reguladas, creo que se avecina un panorama bastante sombrío. Pues bien, la mayoría de los colegas internacionalistas se limitan a la exégesis de las normas vigentes del derecho internacional, su sistematización y su aplicabilidad, sin preguntarse por su fundamento, su vinculatoriedad, la posibilidad de establecer agencias supranacionales de adjudicación del derecho, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la definición y razón de ser de los sujetos del derecho internacional, el derecho de autodeterminación, etc., es decir, sin preguntarse por los aspectos filosóficos de su disciplina, que en este caso son de una importancia y de una gravedad tal que pueden determinar que ese derecho acabe por ser el más relevante de todos, o, como piensan muchos, perfectamente irrelevante. Lo que digo no debe interpretarse como una crítica a la formación estrictamente técnica del jurista. Cuanto mejores técnicos tengamos, mejor. Pero lamento que esos juristas meramente técnicos puedan ser incapaces de percibir con nitidez el lugar que ocupan o pueden ocupar en la articulación de las relaciones humanas.

Después está la convicción, que no hace sino extenderse más y más, de que la inmensa mayoría de los problemas cotidianos con los que se enfrentan los juristas en su vida profesional tienen un fondo de problemas teóricos, de problemas filosóficos. O son directamente problemas teóricos. Y más aún, si, como tanto se afirma, la mayoría de los casos son hoy por hoy casos difíciles. Los casos son difíciles porque plantean problemas de interpretación, problemas de argumentación, problemas de concepto, problemas de sistematización, problemas de valoración de todo tipo, etc. Todas esas cosas las explora la filosofía del derecho, la teoría del derecho, la teoría de la justicia, de forma tal que, contrariamente a lo que suele suponerse, la filosofía y la teoría no son elucubraciones abstractas al margen de la realidad jurídica; son por su propia naturaleza y alcance herramientas para la práctica del derecho.

Vistas las cosas así, ¿qué queda hoy de aquella tripartición canónica que hizo Bobbio: ontología jurídica, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia? Es decir, respecto del derecho, las tres preguntas clásicas: Qué es, cómo se puede conocer, qué debe hacer. Me parece que se ha difuminado un poco la primera. Hoy nos ocupamos menos en indagar sobre el ser del derecho, en proponer una concepción general del derecho. En todo caso me parece que hemos llegado a la conclusión de que se trata, por recurrir a una metáfora muy manida, de un poliedro de muchas caras y siempre fracasaremos al definirlo a partir de una de ellas en exclusiva, sea la coacción, sea la justicia, o la alteridad, o la conducta judicial, o el poder, o lo que sea. También ha sufrido un embate serio la segunda: a nadie parece interesarle ya si la dogmática jurídica es ciencia o no es ciencia, si los juristas son científicos o no. Eso parece dar igual. En cambio se han desarrollado muchísimo otras cuestiones epistemológicas. Las relativas a cómo podemos saber lo que el derecho dispone para un problema, para un caso. Aquí el empuje interpretivista, la hermenéutica, etc., se han revelado muy fecundos. Y sobre todo la teoría de la argumentación, que es algo así como la columna vertebral (otra metáfora manoseada) de la racionalidad tanto de la doctrina como de la práctica del derecho. Hasta tal punto que se ha erigido en un sistema de control interno de la calidad del discurso jurídico. Y, por último, la teoría de la justicia, que como antes he dicho se ha desarrollado extraordinariamente a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Hasta el punto de que un jurista que desconozca hoy al menos las líneas generales de la fábrica argumentativa de, por ejemplo, *A Theory of Justice* carece de ingredientes importantes para tener una percepción sólida del orden jurídico. La ruptura con lo anterior ha sido con respecto a esto muy profunda, hasta en la cultura anglosajona. Cuando yo entro en contacto con la universidad inglesa sólo existía un libro que pudiera preanunciar ese salto: S. I. Benn y R. S. Peters publicaron en 1959 un libro poco conocido entre nosotros, *Social Principles and the Democratic State*, que todavía se lee con provecho porque fue el primer acercamiento analítico a la teoría de la justicia pensado desde el punto de vista institucional y con relación al orden jurídico y el Estado democrático. Era una mezcla bien hecha de filosofía moral, filosofía política y filosofía jurídica. En la Europa continental había muy pocas reflexiones de ese tipo, y tampoco de algún otro tipo que pudiera considerarse nuevo. Como un pequeño homenaje (porque lo conocí personalmente en un breve viaje a Noruega, y Liborio Hierro y yo charlamos con él largo y tendido, disfrutando de su gran naturalidad y sagacidad) yo citaría a Torstein Eckhoff, *Justice. Its Determinants in Social Interaction*, que es un poco posterior al libro de Rawls, y es excelente. Quizá por su origen escandinavo, quizá por el efecto producido por Rawls, me parece que quedó un poco olvidado, inmerecidamente. Lo cierto es que la fusión —natural— entre filosofía moral, filosofía política y filosofía jurídica, operada sobre todo en la academia anglosajona, ha proporcionado ese impulso decisivo a la teoría de la justicia. Hagamos votos porque no se la expulse de las facultades de derecho.

M. A.: *Quiero plantearte ahora una pregunta bastante menos abstracta que la anterior. ¿Cómo ves, digamos, en cuanto filósofo del derecho y de la política, lo que está ocurriendo en España en los últimos tiempos? O sea, ¿qué piensas sobre la polémica en torno a la (interpretación de la) transición, a la posibilidad y/o necesidad de reformar o cambiar la Constitución, a los llamados «nacionalismos periféricos» o al secesionismo?*

F. L.: Lo de la llamada «revisión» de la transición tiene varias versiones. Una de ellas es claramente producto de lo que los especialistas en *behavioral economics* llamarían «sesgo retrospectivo» (*hindsight bias*), mezclado a veces con algún rebrote de las viejas teorías de la conspiración. Como el estado de cosas actual no satisface (recesión, empobrecimiento, paro, corrupción, etc.) se tiende a reconstruir *ex post* todo el itinerario que llega a él de forma que haya «momentos de culpabilidad» por llamarlos de alguna manera, con sus correspondientes villanos. Uno de esos momentos, si no el momento fundacional, sería el de la transición. Si a eso le añades algunas gotas de teoría conspirativa, ya tienes todos los ingredientes: se han llegado a imaginar hasta reuniones secretas de «máximo nivel» (Corona, gran banca, etc.) para urdirlo todo desde el principio y empezar el reparto del «pastel». La gente tiende a interpretar todo lo que sucede como efecto de proyectos deliberados y actos intencionales, y si es necesario se inventa los actores y las intenciones. Otra versión de la transición que también goza de cierto crédito es la de los puristas (que, generalmente, no estuvieron en los momentos inciertos y difíciles de las decisiones de riesgo). Y, claro, como de aquel proceso salieron soluciones que no eran óptimas, sino en el mejor de los casos *second best*, e incluso bastante dudosas, entonces deducen de ello que hubo una suerte de «entreguismo», de renuncia a principios sacrosantos. Ninguna de estas versiones es aceptable. Por razones académicas y de amistad (nuestra cercanía a actores decisivos entonces, como Gregorio Peces-Barba) y también por razones más personales que tú conoces, yo tuve quizá una información algo privilegiada de todo ese periodo, y puedo asegurarte que hubo muy buena fe, grandes dosis de incertidumbre, jugadas algo arriesgadas, también errores, pero sobre todo un deseo muy explícito de «inclusión», como se dice ahora, es decir, una apuesta muy clara por no dejar a nadie fuera del proyecto constitucional. Y no hay que olvidar que la mayoría de los que lo protagonizaron habían oído demasiadas cosas de la guerra y muchos tenían en casa cicatrices de ella. También esto fue un factor decisivo: se huyó deliberadamente de provocar cualquier traumatismo absurdo que pudiera recordar aquello. Pero no sería exagerado decir que en demasiados momentos literalmente no se sabía lo que iba a pasar la semana siguiente (los testimonios que he leído, e incluso oído, de miembros de los primeros gobiernos de Suárez, corroboran esto). Así que la explicación más plausible de la transición tiene que mezclar actitudes personales a favor y en contra, efectos queridos y efectos no queridos, manos visibles y manos invisibles, comportamientos individuales y comportamientos colectivos, etc., es decir, los ingredientes típicos de cualquier explicación de un acontecimiento histórico de esa complejidad. Cuando he escrito sobre ello, me ha gustado siempre recordar también el comportamiento anónimo del pueblo, de las gentes del país, que con toda serenidad y sin grandes aspavientos se pusieron a excluir cosas y a aceptar otras; casi se le viene uno a la mente la imagen de esos animales que mudan la piel en un momento determinado de su desarrollo, aunque esto quizá sea una comparación infeliz. Pero desde luego nada que se parezca a un plan urdido, y tampoco a una gran ruptura orgánica. Aquí, me parece, no vale tampoco lo del diseño inteligente. Porque la refutación más contundente del diseño, o plan, o conspiración es, sin duda, la recepción social y jurídica de que fue objeto la Constitución. ¿Cómo es posible que un plan ideado por una camarilla pueda tener un apoyo social tan rotundo? Todos recordamos cómo fue acogida inmediatamente como «norma jurídica», como norma vinculante, por ciudadanos, por jueces, por funcionarios y profesionales del derecho, en un gran

acto colectivo de cambio de regla de reconocimiento. Ello creó una intensa adhesión a la Constitución: no hay más que recordar la reacción colectiva a la asonada de Tejero. Sólo sus secuaces y los abertzales violentos se situaron al margen. Dos expresiones paralelas de mismo tosco fanatismo.

Y precisamente porque no fue sino el producto de múltiples variables sólo en parte controlables, puede decirse que también se cometieron errores o «hubo» errores, que son los que quizá ahora estén demandando más perentoriamente una reforma de la Constitución. Sobre la reforma de la Constitución también me he pronunciado algunas veces, seguramente por la preocupación que me inspira el hecho de que en la historia de España nunca se haya reformado una constitución; siempre se han abolido. Y la Constitución del 78 tiene un problema serio sobre el que he tratado de llamar a atención: el procedimiento llamado «agravado» de reforma, que la hace virtualmente irreformable en aspectos muy importantes. Está mal diseñado porque fue producto de un consenso muy forzado, pero eso es lo de menos. La pregunta filosófica es más profunda. Cuál puede ser la justificación de la vinculatoriedad de una norma jurídica para una sociedad a la que se hurta o se minimiza la posibilidad de modificarla o derogarla. Los constitucionalistas lo ven como una gran conquista, y seguramente tiene aspectos positivos, pero plantea una pregunta jurídica y política de primer orden. Y un problema práctico no menor, porque si una norma jurídica no se puede modificar, tiende simplemente a cuestionarse su vinculatoriedad, a abandonarse, a pasar a engrosar la nómina de las constituciones ignoradas o abolidas de hecho. Yo creo que la Constitución del 78 está hoy en el principio de ese proceso.

No vamos a detenernos en pormenores sobre lo que haya o no haya que reformar en la Constitución. Hay no pocas cosas y no poco importantes, pero creo que hay también un telón de fondo que por sí sólo justificaría la reforma. Me refiero a la crisis actual de aquella adhesión colectiva a la Constitución, es decir, no sólo su eventual crisis de eficacia en algunos extremos, sino sobre todo su crisis de aceptación. Me parece que convocar a todos, sin exclusiones, a un proceso serio de deliberación y decisión sobre las cosas que deben modificarse y las cosas que deben preservarse sería un excelente medio de reanimar la confianza en la constitución. Y también de desenmascarar a los oportunistas, que nunca faltan en estos casos. Porque una cosa es el blablablá y otra tener que dar razones y datos sobre lo que uno propone o niega. Por ejemplo, la cuestión de la «forma de Estado», monarquía o república, se da enseguida por saldada en las dos direcciones consabidas: o «esto no se toca», o «república, *naturalmente*». Parece que se da por supuesto que no cabe discusión racional sobre ello, que son dos verdades evidentes de suyo. Yo, sin embargo, no estoy de acuerdo con ninguna de las dos.

En favor de ese proceso de reforma tenemos además la situación de auténtica parálisis que se ha producido en Cataluña entre lo que pudiéramos llamar lo constitucionalmente imposible y lo que se tiene por constitucionalmente inamovible. La única manera de salir de un síndrome como ese es abrir la posibilidad de replantear ciertos aspectos de la Constitución. Y entonces nos encontraríamos súbitamente en el territorio de las controversias sobre idas sociales y políticas, y por tanto en el territorio de la filosofía jurídica y moral. La identidad de los pueblos, el «derecho a decidir», la teoría de la secesión, etc. Aunque parezcan muy ajenos, muchos de los problemas que orbitan en torno a esas cuestiones esconden preguntas filosófico-jurídicas. Por ejemplo, el

famoso tema, que parece solamente económico, de las balanzas fiscales. Salgamos de las discusiones sobre el modo de calcularlas; supongamos que cualquiera que fuera el método el balance resultara contrario a «Cataluña». Se ha dado por cierto que si fuera así eso sería «injusto». Pero yo me pregunto ¿por qué eso es una «injusticia»? A mí no me lo parece, pero para argumentarlo tengo que apelar a la filosofía jurídica y moral. E incluso a la lógica y la teoría de la argumentación. Y tengo que poner a contribución una teoría de los entes colectivos, una teoría de la democracia, y una teoría de la igualdad, por lo menos. Y no es imposible que el resultado de ello fuera una conclusión deplorable, que no tuviera nada que ver con justicias o injusticias sino con otras cosas menos presentables.

Después hay algunos episodios de ese proceso que me han llegado mucho porque, como cualquiera de nosotros, me he planteado con frecuencia la pregunta sobre la función o la labor del intelectual en una sociedad como la actual, tan informada, tan rápida, tan cambiante. Y contemplar el papelón que han hecho algunos profesores en Cataluña (recuerda aquel congreso de historiadores, o los spots publicitarios de los economistas académicos) me trajo a la memoria muy intensamente aquel libro de Julien Benda, *La trahison des clercs*, y todas las incesantes exhibiciones de falta de probidad y mentecatez que ha habido a lo largo de la historia contemporánea por parte de la inteligencia. Cuando hablo de «mentecatos» lo uso en su significado originario: *mente captus*, como de gentes con la mente cautiva (otro libro imprescindible, el de Milosz), y cautiva por una suerte de fe ajena a todo control de racionalidad. En Cataluña parece haberse dado algo de esto, y no sólo de esto; ha habido también otro fenómeno extraordinariamente preocupante en una sociedad como aquella: la cautela, la circunspección, la reserva obligada, el mirar para otro lado cuando se trataba de asuntos tocantes a la naturaleza postulada de aquella comunidad, a su identidad, a su derecho a la independencia, y esas cosas. Yo había detectado esto hace años en el País Vasco, como fruto de aquel miedo difuso, tan castrador, pero nunca lo había visto en Cataluña. Y ahora he creído ver que algunos de nuestros colegas universitarios preferían no hablar por las consecuencias difusas que ello pudiera tener para ellos, demostrando así una vez más que el nacionalismo propicia siempre sociedades que tienden a cerrarse, a retraerse y no sociedades abiertas. No hay más que ver el papel «heroico» que han acabado por jugar allí quienes se han enfrentado críticamente a la posición secesionista. Y es que los sistemas autoritarios empujan los deberes intelectuales al terreno de lo supererogatorio, obligando a los pensadores a comportamientos heroicos. Esto me parece muy preocupante. Y necesita mucho de la filosofía y del pensamiento libre. Ni siquiera como filósofos a secas podríamos entretenernos sólo en «contemplar impasibles el amplio firmamento», pero desde luego, como filósofos del derecho y la moral estamos *obligados a la discusión pública de las peripecias de nuestros conciudadanos.*

M. A.: *Tengo una última pregunta que hacerte, y se refiere al futuro. ¿En qué estás trabajando ahora? ¿Cuál es tu proyecto intelectual para los próximos años? ¿Y cómo ves el futuro de la filosofía del derecho: en España y en el panorama internacional?*

F. L.: Como casi siempre, hoy estoy trabajando a salto de mata, para cumplir con compromisos, homenajes a amigos, seminarios, conferencias o reuniones de todo tipo. Pero tengo como un proyecto difuso de algunas cosas: la más inmediata y pensada es un trabajo extenso sobre los problemas que la ineficacia del derecho plantea en Amé-

rica Latina. Hay muchos que creen que la región latinoamericana tiene una suerte de rasgo étnico que le permitiría desarrollarse y progresar al margen del derecho, o con un tipo de derecho espontáneo propio de la región que no tiene nada que ver con «el del norte». Esto me parece un error suicida. A pesar del mucho potencial de América Latina, si persiste en permanecer al margen de la ley, como diría Nino, seguirá pasando las mismas dificultades, cuando no incrementándolas. Este estudio está ya en marcha, aunque precisaría de la colaboración de especialistas de algunos de aquellos países; por mi parte, acabo de publicar un artículo digamos que programático en un libro colectivo que acaba de salir sobre seguridad jurídica en América Latina.

Me gustaría también hacer un libro general sobre el krausismo y la Institución Libre de Enseñanza. Pero un libro especial, no un libro de historiador erudito, que no lo soy. Más bien un libro de presentación de aquel fenómeno en lenguaje actual. Recorriendo las biografías y las acciones de los protagonistas más relevantes como si se tratara de una experiencia que nos puede enseñar muchas cosas. Por ejemplo, recordar que Julián Sanz del Río rehusó ocupar una cátedra porque no se consideraba preparado, y se retiró a estudiar más para ser digno de ella. Insólito ¿no? Y explicando aquellas ideas desde hoy, y mostrándolo como un movimiento unitario cuyos ingredientes se explican entre sí y dan un sentido a todo ello. Eso abarca un siglo (1840-1939) de incidencias y aportaciones tan interesantes como esa. Pese a que parece muy ajeno a nosotros, creo que podemos seguir aprendiendo cosas importantes de aquella experiencia, de aquellas actitudes éticas.

Algo que tengo ya en esquema (a partir de mis clases con los estudiantes de los últimos cursos) es una presentación de la justicia a partir de la filosofía moral. Esto que para nosotros es obvio, no lo es tanto para los juristas académicos y profesionales, y por eso quisiera poder poner a su disposición un conjunto articulado de los presupuestos y premisas que han de tenerse en cuenta a la hora de hablar de la justicia. Una suerte de introducción al discurso de la justicia. Como he dicho antes, me parece un poco escandaloso que quienes salen de las facultades de derecho no hayan cursado teoría de la justicia. Y más escandaloso aún que la profesión jurídica no lo haya exigido. Me parece que hay que llenar ese hueco. Y más aún en estos momentos en los que las costuras del derecho positivo, nacional e internacional, parecen estar a punto de ceder.

Me preguntas por el futuro de la filosofía del derecho. Alguna vez he afirmado que el barco filosófico-jurídico tiene ya una derrota (en el sentido de rumbo o dirección de navegación) bastante bien determinada a partir de los presupuestos básicos del positivismo lógico y la filosofía analítica. Creo que la filosofía del derecho, tanto en su vertiente filosófica como en su vertiente jurídica, tiene ya creado un conjunto muy asentado de criterios y actitudes que va a ser imposible ignorar o dejar en la cuneta. Se producirán sin duda modulaciones y variaciones, incluso variaciones pronunciadas si se quiere, pero dentro de una orientación o rumbo general ya previsto. Después de un siglo de filosofía analítica en sentido amplio —de Frege a Quine, por poner dos nombres— ya no se van a permitir alegrías ni frivolidades literarias, posmodernismos ni trampas verbales. Cualquier cosa que sea, vista desde hoy, la filosofía analítica, me parece que ha hecho aportaciones irrenunciables: el rigor, la pasión por la claridad y la precisión, la honestidad intelectual que se derivan de ello, su apoyo y respeto a los avances de la ciencia, la relevancia de la lógica (de «las lógicas») y de la argumentación

en su construcción y aplicación, el examen y diseño de los conceptos que utiliza, la disposición a someter sus propuestas a la crítica y la discusión, etc., son hoy ya exigencias que no se pueden ignorar. Conforman un estilo de hacer filosofía que ya no puede eludirse. La charlatanería, la disertación críptica, el lenguaje de las oscuridades deliberadas, ya no tienen cabida en el proyecto filosófico. Cualquier autor o escuela que nos quiera dar gato por liebre lo va a tener decididamente difícil. Lo cierto es que el estilo cuidadoso del análisis y el corpus teórico que ha generado a lo largo de un siglo permanecerán para el futuro. Naturalmente que se producirán en la historia y en las pugnas académicas ciertos cambios, quizá incluso importantes, algunas novedades y algún que otro fuego de artificio, pero creo que esa actitud y ese *corpus* teórico se encargarán pronto de aplicarles la distinción que hacía Antonio Machado (a través de su «profesor apócrifo» Juan de Mairena) entre los auténticamente «originales» y los meros «amantes de la novedad» y pondrá a cada uno en su lugar. Según mi pronóstico habrá pocos originales y todos ellos estarán vinculados claramente a ese «stock» teórico y a esas maneras de hacer filosofía de que hablo.

Lo que seguramente hoy nos deja más perplejos por lo que respecta a la posibilidad de predecir el futuro de la filosofía del derecho es la incesante aparición de importantes problemas prácticos y fenómenos inusitados que nos plantean incógnitas nuevas; me refiero a cosas tales como la abolición de las fronteras nacionales, la expansión de la comunicación electrónica, los avances de la biología genética (clonación, etc.), las exploraciones de la neurociencia, las multiplicación de las identidades, las migraciones masivas o las nuevas dimensiones de la guerra en el interior de las poblaciones. Pero yo invitaría a los jóvenes colegas a que no pretendieran hacer una filosofía particular para cada uno de esos problemas. Lo digo porque a veces tenemos una cierta tendencia a crear una teoría nueva en torno a cada problema nuevo. Y de ahí surgen muchas veces las «novedades» de la filosofía del derecho. Esa me parece la mala dirección. Que haya problemas nuevos no significa necesariamente que sea precisa una nueva filosofía del derecho. Por ejemplo, el feminismo ha puesto de manifiesto problemas y aspectos de la realidad social y humana extraordinariamente relevantes y que plantean ante nosotros exigencias ineludibles. Pero no es ni va a ser nunca una filosofía nueva del derecho al margen del avance reflexivo que se ha realizado en el siglo XX. En la medida en que se plantee así, acabará por truncarse. Como pueden darse ya por muertos el postmodernismo y algunas manifestaciones de los *Critical Legal Studies*, que han pretendido edificar una filosofía del derecho completamente ajena y deliberadamente antagónica con el cuerpo teórico central del pensamiento contemporáneo. No digo esto como una exageración. Ya he leído más de un ensayo que se pregunta por qué han desaparecido los *Critical Legal Studies*; como se si tratara de un fenómeno social que hemos de analizar. Y lo mismo sucede con el postmodernismo, que alimentó demasiadas veces la audacia sin fundamento y las melopeas verbales y resulta que ahora se ve que, por lo que respecta al derecho, la ética y la política carecía de un aparato conceptual y crítico que sustentara sus desproporcionadas ambiciones. Ha tenido su Sokal por lo que se refiere a las ciencias físico-matemáticas y tendrá también su Sokal por lo que se refiere a la filosofía práctica.

Yo creo que la filosofía del derecho tendrá un futuro cada vez más halagüeño en los países anglosajones, porque no ha escondido nunca sus lazos naturales con la filosofía

moral y con la filosofía política. Y además ha encajado fluidamente en los *syllabus* de las grandes Law Schools. Por lo que respecta a la Europa continental, y también a España, el futuro no será seguramente tan bueno si seguimos empeñados en encerrarnos en una filosofía estrechamente jurídica (que se limite a ser sólo teoría del derecho positivo, aun siendo esto importante), y si no resistimos la mentalidad de mecánico jurídico especializado que se está imponiendo como impronta de los estudios de derecho. Ya lo he mencionado antes. Una cuestión capital que debemos abordar es la del jurista que van a necesitar nuestras sociedades inmediatamente, que necesitan ya. Es decir, la del papel que queremos que juegue el jurista en la sociedad actual y futura. Y sólo después de responder a esa cuestión deberíamos poner mano en diseñar la enseñanza del derecho. El futuro de la filosofía del derecho dependerá en parte de ese diseño. Espero que no prospere el especialismo jurídico instrumental que parece querer imponerse.

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA*

1. CORRESPONDENCIA.

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: *doxa@ua.es*.

2. TIPOS DE TRABAJOS.

La revista aceptará propuestas de dos tipos de contribuciones: «artículos» y «notas»; ambos habrán de ser trabajos de investigación inéditos. La revista se reserva el derecho a decidir cómo clasificar los trabajos recibidos.

3. FORMATO.

Los trabajos deberán estar redactados en español (en caso de ser traducciones, el nombre del traductor constará al final del trabajo).

La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investigador, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico.

Además, para facilitar la revisión anónima, debe incluirse una copia del trabajo sin ninguna referencia al autor.

4. *ABSTRACTS* Y PALABRAS CLAVE.

Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a diez líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas.

5. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS.

Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a espacio y medio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de 15.000 palabras. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 10.000 palabras.

6. PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA ACEPTACIÓN DE TRABAJOS.

La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y pasará a informe confidencial por al menos dos evaluadores anónimos a aquellos que reúnan el mínimo de calidad pertinente. A la luz de los informes los editores tomarán alguna de las siguientes decisiones, que se comunicarán a los interesados:

a) Aceptación del trabajo.
b) Aceptación condicionada a las modificaciones requeridas.
c) No aceptación del trabajo.

7. 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.

Se podrá requerir a los autores la corrección de las pruebas de imprenta de sus trabajos, que habrá de ser realizada y enviada en un plazo máximo de setenta y dos horas.

8. EJEMPLARES.

Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica.

9. NORMAS DE EDICIÓN.

Notas a pie de página. Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

Citas. Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

Bibliografía. Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos del autor en versalitas, año de edición del original: páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (PÉREZ, 2007a: 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (PÉREZ, S., 2007a: 10-15).

En bibliografía, seguir el siguiente orden: apellidos en versalitas, inicial del nombre, año, dos puntos y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, dos puntos y las páginas.

PÉREZ, S., 2007: «Una teoría», *Doxa*, 30 (2): 10-15.