D O X A

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, 2016

Printed in Spain

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2016

G. H. VON WRIGHT Y LA LÓGICA SIN VERDAD*

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante
Pablo E. Navarro
CONICET, Argentina

RESUMEN. En este breve texto se describe el contexto en el que VON WRIGHT escribió el artículo «¿Lógica sin verdad?» y algunas de las circunstancias de la versión que a continuación se publica.

Palabras clave: G. H. VON WRIGHT, lógica, verdad.

G. H. VON WRIGHT and the Logic Without Truth

ABSTRACT. This text is an introduction to the context in which Von Wright wrote his «Logic withoout Truth?» and some of the circumstances of the version to be found here below.

Keywords: G. H. VON WRIGHT, Logic, Truth.

* Fecha de recepción: 19 de abril de 2016. Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.01
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 15-19

(I)

Una de las preocupaciones filosóficas recurrentes de G. H. VON WRIGHT fue la fundamentación de una genuina lógica de norma. El valor específico de esta lógica, en su opinión, se deriva de la especificidad de ciertas verdades lógicas que son peculiares a los conceptos deónticos[1]. Sin embargo, la misma idea de «verdad lógica» en el campo de las normas prescriptivas es compleja ya que ellas no son verdaderas o falsas. En este sentido, una de las ideas más ambiciosas de VON WRIGHT fue reivindicar que «la lógica [...] tiene una alcance más amplio que la verdad»[2]. Ahora bien, los sucesivos vaivenes tanto en la historia de la lógica deóntica como en la evolución del pensamiento de VON WRIGHT (*i. e.,* una persistente oscilación entre optimismo y pesimismo filosófico) prueban la dificultad de articular y justificar adecuadamente esta intuición.

A principios de la década de los ochenta, luego de un periodo escéptico, VON WRIGHT creía haber alcanzado una idea definitiva sobre la naturaleza de la lógica deóntica y esperaba ofrecer una justificación aceptable de la naturaleza lógica de los principios específicos del discurso deóntico[3]. Su intuición principal era que la noción de consecuencia lógica se tenía que analizar en conexión con otras ideas, en especial con la noción de *racionalidad*[4]. Al respecto, en 1983 reconoce que, en un sentido importante, tenían razón quienes negaban que hubiese una genuina lógica de normas, aunque al mismo tiempo, subraya[5]:

> Pero la actividad de dictar normas, y también las normas mismas, pueden ser juzgadas bajo diversos aspectos y estándares de *racionalidad*. Más aún, algunos de estos aspectos pueden ser asociados con consideraciones de una naturaleza estrictamente lógica...

En 1985 VON WRIGHT señala que su posición tiene algo en común con el escepticismo de HÄGERSTRÖM y (el último) KELSEN[6], pero añade[7]:

> La lógica deóntica, podría decirse, no es una lógica de normas ni una lógica de proposiciones normativas sino un estudio de las condiciones que deben satisfacerse en una actividad racional de dictar normas. Es estrictamente una *lógica* porque las condiciones que establece se derivan de las relaciones *lógicas* entre estados de cosas en los mundos ideales previstos en los códigos normativos.

---

[1] G. H. VON WRIGHT, «Deontic Logic», en *Logical Studies*, 63 (London: Routledge & Kegan Paul, 1963).

[2] G. H. VON WRIGHT, «Preface», en *Logical Studies*, *op. cit.,* vii.

[3] G. H. VON WRIGHT, «Norms, Truth and Logic» en *Practical Reason*, 130-209 (Oxford: Blackwell, 1983). *Vid.,* también, G. H. VON WRIGHT, «Is There a Logic of Norms?», en *Ratio Iuris,* 4 (1991), 265-283. En este último trabajo se incluye una larga nota inicial de pie de página, donde VON WRIGHT repite que la noción de racionalidad vino en su ayuda para conducirlo a la salida del laberinto escéptico. Este trabajo está reproducido, lamentablemente sin esa nota inicial, en G. H. VON WRIGHT, *Six Essays in Philosophical Logic*, 35-53 (Helsinki: Acta Philosophica Fennica,1996).

[4] G. H. VON WRIGHT, «Is There a Logic of Norms?», en *Ratio Iuris,* 4 (1991), 265-283.

[5] G. H. VON WRIGHT, «Norms, Truth and Logic», en *Practical Reason*, *op. cit.,* 132.

[6] G. H. VON WRIGHT, «A Pilgrim's Progress - Voyage d'un pélerin», en A. MERCIER *et al.* (eds.), *Philosophes critiques d'eux-memes*, vol. 12, pp. 257-294 (Bern: Verlag Peter Lang, 1985). Reproducido en «A Pilgrim's Progress», en G. H. VON WRIGHT, *The Tree of Knowledge and Other Essays*, 109 (New York: Brill, 1993). En adelante, se cita conforme a esta última versión inglesa.

[7] G. H. VON WRIGHT, «A Pilgrim's Progress», *op. cit.,* 111.

Pocos años después, Carlos ALCHOURRÓN y Antonio A. MARTINO publicaban diversas versiones de un importante artículo con el objetivo de defender una «lógica sin verdad»[8]. En este trabajo, ellos defienden una manera *abstracta* de caracterizar la noción de consecuencia lógica. Esta concepción va más allá de los tradicionales enfoques sintácticos y semánticos y permite elaborar una genuina lógica de normas ya que no descansa sobre la noción de verdad[9].

Sin duda, el artículo de ALCHOURRÓN y MARTINO sirvió como estímulo para que VON WRIGHT revisase, en general, el análisis de las ideas centrales de la lógica (*i. e.,* la noción de consecuencia, contradicción, etc.) y de la lógica deóntica, en particular. Entre 1988 y 1989 VON WRIGHT terminó una primera versión de un artículo llamado «Logic without Truth?» y aunque no estaba enteramente satisfecho con el resultado, pensaba que el trabajo podía ser enviado a la imprenta. De hecho, en 1990 ya conocía que Antonio A. MARTINO lo traduciría al italiano como «Lógica senza verità?», aunque su publicación se demoró hasta 1996[10].

A pesar del interrogante que enmarca al título de su trabajo, en esa época VON WRIGHT creía firmemente en que la lógica se extendía más allá de la verdad. ¿A qué se debe, entonces, ese signo de interrogación en el título? Una posible respuesta es que si bien VON WRIGHT creía que la lógica tenía un alcance más amplio que la verdad, él tenía dudas acerca del *modo* en que ALCHOURRÓN y MARTINO enfrentaban este desafío. Aunque el trabajo de VON WRIGHT no es una crítica a la propuesta de ALCHOURRÓN y MARTINO, el mismo contiene claramente un análisis alternativo a esa concepción abstracta de la (noción de consecuencia) lógica[11]. Con debidas cautelas, podría decirse que el enfoque defendido por VON WRIGHT es más pragmático que abstracto y, con una cierta dosis de imaginación, se podría añadir que en el trasfondo de la oposición entre los enfoques de ALCHOURRÓN/MARTINO y VON WRIGHT, resuena el eco de las diferentes visiones de dos grandes lógicos y filósofos: FREGE y (el segundo) WITTGENSTEIN.

La posición final de VON WRIGHT puede extraerse del siguiente párrafo de «Logic without Truth?»:

> Luego de un largo peregrinaje por las tierras inhóspitas de la lógica deóntica, volví sobre la cuestión en lo que entonces creí que sería mi última contribución a la disciplina, mi ensayo «Normas, verdad y lógica».En ese artículo, al igual que los primeros positivistas, negué que hubiera relaciones lógicas entre las normas porque ellas carecen de valor de verdad. Pero al mismo tiempo traté de mostrar cómo las normas genuinas pueden ostentar lo que podrían llamarse relaciones *cuasi-lógicas*, no definibles únicamente en términos de

---

[8] *Vid.* C. ALCHOURRÓN y A. A. MARTINO, «Lógica sin verdad», en *Theoria* (San Sebastián, 1987-1988). Posteriormente aparecieron una versión en francés (*Revue Internationale de Semantique Juridique*, III, 1989), en italiano (*Sistemi Esperti Giuridici l»Intelligenza Artificiale applicata al Diritto*, editado por P. MARIANI y D. TISCORNIA, 1989) y en inglés «Logic without Truth», en *Ratio Iuris,* 3 (1990), 46-67.

[9] Posteriormente, ALCHOURRÓN ofreció un análisis más completo de la misma idea en «Concepciones de la lógica», en C. ALCHOURRÓN *et al., Lógica*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 7, 11-48 (Madrid: Trotta, 1995).

[10] G. H. VON WRIGHT, «Logica senza verità», en A. A. MARTINO (ed.), *Logica, Informatica, Diritto*, 38-58 (Pisa: Servizio Editoriale Universitario, 1996).

[11] Para una comparación de la evolución de las ideas de VON WRIGHT y ALCHOURRÓN acerca de la lógica deóntica, *vid.* E. BULYGIN, «G. H. von Wright's and C. E. Alchourrón's Struggle with Deontic Logic», en *The Human Condition - Conference In Honour Of Georg Henrik Von Wright's Centennial Anniversary*, Universidad de Helsinki, 2016 (en prensa).

verdad y falsedad sino con la colaboración adicional de la noción de racionalidad. Todavía pienso que este movimiento constituyó una salida correcta del laberinto lógico en el que había estado vagando durante más de tres décadas. Pero ahora estoy dispuesto a conceder que esas relaciones cuasi-lógicas, dependientes de la noción de racionalidad, *son* genuinas relaciones de consecuencia y contradicción lógica. En consecuencia, he vuelto finalmente a mi opinión primigenia: que «la lógica trasciende la verdad».

(II)

Una copia del texto inglés —que como mencionamos anteriormente fue traducido al italiano en 1996— fue el origen de nuestra traducción al castellano que aquí presentamos (en adelante y por razones de simplicidad, ese texto inglés será denominada como «la versión original»). Sin embargo, gracias a la ayuda de Bernt ÖSTERMAN y Thomas WALLGREN, responsables del Archivo Georg Henrik von Wright, en la Universidad de Helsinki, pudimos acceder a una versión revisada de ese trabajo. Nuestra tarea editorial se ha limitado a traducir y pulir esta segunda versión, eliminando del texto aquellas partes que VON WRIGHT había decidido suprimir.

Respecto de la versión original se aprecian dos importantes modificaciones. Por una parte, las primeras secciones han sido escritas y organizadas de manera diferente y, en segundo lugar, hay un intento de independizar este artículo del trabajo de ALCHOURRÓN y MARTINO. Dos ejemplos pueden servir para ilustrar esta impresión.

1. En la p. 4 de la versión original, VON WRIGHT señala:

> Tengo pocas razones para criticar lo que ellos dicen. Pero no pienso que se sea *suficiente* caracterizar una noción de consecuencia lógica en la manera puramente abstracta que los autores favorecen. Porque, me parece, cualquier intento de caracterización debe estar justificado en términos semánticos o aún pragmáticos, de acuerdo con la comprensión intuitiva de los conceptos tal como ellos se dan en el razonamiento efectivo (*actual reasoning*).

Este párrafo, sin embargo, ha desaparecido en la reformulación de las primeras secciones.

2. Aunque sigue manteniéndose la referencia al artículo de ALCHOURRÓN y MARTINO[12], hay párrafos tachados a mano con el objeto de evitar una confrontación con ambos autores.

Por ejemplo, en la p. 26 de la versión original dice

> Espero que los anteriores ejemplos muestren con suficiente claridad cómo podemos «rescatar» la noción de implicación o consecuencia lógica de las «paradojas» de que una contradicción implica a cualquier proposición y de que cualquier proposición implica a cualquier tautología. La construcción de esta salvaguardia en la noción de implicación es, parecería ser, la única cuestión en la que mi tratamiento de esta muy debatida cuestión difiere de la noción de consecuencia sostenida por los autores del artículo «Lógica sin verdad».

[12] En la versión original, ALCHOURRÓN y MARTINO son mencionados cuatro veces en el texto principal, mientras que esas citas se reducen a una única mención en el texto principal de la segunda versión de su ensayo. Por supuesto, esto no significa que VON WRIGHT no valorase ese trabajo, sino más bien es probable que él estuviese convencido de que la dinámica de sus propias ideas exigían un desarrollo independiente de la línea de trabajo de ALCHOURRÓN y MARTINO.

Este párrafo no ha sido reformulado de modo alguno en la versión revisada.

Sin embargo, parece claro que VON WRIGHT tampoco estaba conforme con esta última revisión ya que en el Archivo von Wright, grapada a la última versión, se encuentra la siguiente anotación hecha en inglés:

> *Esta es una versión de «Logica senza verità» con algunas mejoras. Al igual que el artículo «Conditionality» puede pensarse como publicable (pero también podría aún ser mejorada).*
>
> *Marzo de 1990*
>
> *¿Qué sigue? Me temo que debo regresar otra vez a la lógica deóntica. Normas y conectivas veritativas. Normas y proposiciones normativas. Una lógica deóntica que admita lagunas —y otra que admita «contradicciones»— en el derecho.*
>
> *¿Otra vez la implicación (*entailment*)? Me parece que en las dos últimas secciones del (presente) artículo «Logic without Truth?» he logrado aclarar mi posición en relación con mi trabajo sobre implicación del año 1957. ¿Podría escribir un nuevo trabajo* corto *sobre implicación?*
>
> * * *
>
> *En una perspectiva más amplia también aparece el problema del significado veritativo (*truth- meaning problem*). ¿Qué es comprender el significado de un enunciado y declarar que una proposición es verdadera? Aquí, la aceptación y el rechazo al igual que otras nociones relacionadas adquieren importancia.*
>
> *8 de Marzo. 1990*

Al igual que el resto de la obra de VON WRIGHT, «Logic without Truth?» es un trabajo filosóficamente profundo; rico en ideas y simple en su aparato formal. Sin duda alguna, su lectura permite obtener una visión compacta de muchos de los problemas que marcaron el desarrollo de la lógica deóntica en el siglo XX.

Finalmente, deseamos agradecer a Bernt ÖSTERMAN, Thomas WALLGREN (WWA Archives), y Eugenio BULYGIN por su ayuda para obtener los permisos correspondientes para traducir este trabajo. La autorización para su publicación fue amablemente proporcionada por Benedict VON WRIGHT y Anita VON WRIGHT.

¿LÓGICA SIN VERDAD? *

Georg Henrik von Wright

RESUMEN. En este trabajo se discute la posibilidad misma de una lógica de las normas, al carecer estas de valor de verdad o falsedad. La tesis de fondo es que las nociones de consecuencia y contradicción lógica en términos de valores de verdad resulta persuasiva, pero es demasiado estrecha. Por ello, el trabajo intenta brindar una caracterización de las nociones de consecuencia y contradicción lógica que muestre tanto el modo en el que ellas dependen de la noción de verdad, como asimismo el modo en el que puede decirse que la trascienden.

Palabras clave: lógica de las normas, verdad, implicación, consecuencia.

Logic without Truth?

ABSTRACT. This paper discusses the very possibility of the construction of a deontic logic inasmuch as norms lack of truth or false value. The bottom thesis is that the notions of logical consequence and contradiction in terms of truth-values are quite compelling though still too narrow. Thus the paper attempts to offer a characterisation of the notions of consequence and logical contradiction that shows both how they rely on the notion of truth as well as how they transcend it.

Keywords: deontic logic, truth, implication, consequence.

* Fecha de recepción: 19 de abril de 2016. Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2016.
Traducción de Pablo E. NAVARRO. Revisión a cargo de Jorge L. RODRÍGUEZ.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.02

1. Una manera natural de explicar lo que *significa* que una cosa —una proposición, por ejemplo— se sigue lógicamente de otra es decir que, si la segunda es verdadera, la primera también tiene que ser verdadera. De modo similar, si se pregunta qué significa que una cosa contradiga, sea incompatible o inconsistente con otra, una respuesta natural es decir que ellas no pueden ser ambas verdaderas. Así, podría parecer que relaciones lógicas tales como las de consecuencia (implicación) y contradicción (incompatibilidad) de algún modo se apoyaran en la noción de verdad.

Sin embargo, no es difícil ofrecer ejemplos de cosas diferentes de proposiciones verdaderas o falsas entre las que se verifican, o parecen verificarse, relaciones lógicas. Los imperativos se cuentan entre ellas. «¡Abra la puerta!», «¡No abra la puerta!». ¿No se contradicen lógicamente de algún modo estas dos órdenes, al menos si tienen por destinatario al mismo agente en la misma ocasión y se refieren a la misma puerta? «¡Abra la puerta y cierre la ventana!». ¿No implica lógicamente esta orden conjuntiva a cada una de sus partes componentes? No obstante, no tiene sentido hablar de la verdad (o falsedad) de imperativos como los recién mencionados. Por ello, si la respuesta a las preguntas antes planteadas es afirmativa, las relaciones lógicas de contradicción e implicación se verifican también entre entidades distintas de proposiciones verdaderas o falsas.

Por otra parte, también hay oraciones en modo indicativo de las que resulta cuanto menos dudoso que expresen proposiciones verdaderas o falsas y, sin embargo, parece indudable que sus significados se encuentran entre sí en relaciones de contradicción o consecuencia lógica. Entre esas oraciones ocupan un lugar destacado aquellas que expresan (enuncian) normas, y también aquellas que expresan juicios de valor. En opinión de muchos filósofos, tales oraciones, como los imperativos y las exclamaciones, no dicen nada verdadero o falso. (Algunos filósofos han sostenido que las oraciones normativas y evaluativas son, de hecho, imperativos y exclamaciones con lo que podría denominarse un «disfraz proposicional»). Sin embargo, parece intuitivamente obvio que, por ejemplo, algunas normas se siguen lógicamente de otras normas, y también que una norma puede contradecir a, o ser lógicamente incompatible con, otra norma. Puede decirse que el reciente surgimiento de la nueva rama de estudios lógicos conocida como lógica deóntica confirma o incluso determina la corrección de esa intuición.

Por ello, la explicación sugerida de las ideas de consecuencia y contradicción lógica en términos de valores de verdad, aunque resulte natural o incluso persuasiva, parece demasiado estrecha. La pregunta sería: ¿puede ella extenderse más allá de los confines de la verdad y la falsedad? Al examinar aquí esta cuestión circunscribiré mi atención al discurso normativo. De manera un tanto provocativa, podría formular mi pregunta de la siguiente manera: ¿es realmente posible una lógica deóntica?

2. Se podría responder a esa pregunta de diferentes maneras.

Podría, por ejemplo, simplemente negarse que haya relaciones lógicas entre normas, sobre la base de que las normas no tienen valor de verdad. Esta fue la actitud de muchos de los primeros positivistas lógicos.

Podría considerarse como una versión más sofisticada de esta actitud la que sostiene que las relaciones lógicas que *parecen* verificarse entre normas, *de hecho* se verifican

entre entidades semejantes a las normas que *son* verdaderas o falsas. Esas entidades serían proposiciones relativas a que tal o cual norma existe[1]. Sus expresiones lingüísticas con frecuencia son idénticas a las de las propias normas.

Considerar que una lógica de normas es una lógica de proposiciones existenciales acerca de normas es una postura a cuyo favor yo mismo he argumentado en algunas publicaciones previas. Una debilidad de este enfoque es que las relaciones lógicas entre proposiciones existenciales no concuerdan muy bien con las relaciones lógicas que intuitivamente parecen verificarse entre genuinas normas. De todos modos, este enfoque de una lógica de normas merece todavía tomarse en serio.

Otros intentos de resolver el problema aceptan como un hecho que *existen* relaciones lógicas entre normas. Se podría entonces argumentar que la concepción de las normas como carentes de valor de verdad está equivocada. Las normas *son* verdaderas o falsas, podría decirse entonces. Esta posición sería, por ejemplo, sostenida por algunos propulsores de las llamadas doctrinas del derecho natural. La encuentro demasiado simple como para ser plausible.

Una posición más sofisticada trata de reconciliar la existencia de relaciones lógicas entre normas con la admisión de que las normas carecen de valor veritativo. Recientemente ALCHOURRÓN y MARTINO han propuesto una versión de esta posición[2]. Según ellos, relaciones como las de consecuencia y contradicción lógica subsisten también entre entidades distintas de aquellas que son verdaderas o falsas. La lógica, por así decirlo, se extiende más allá del dominio de la verdad. Esto era lo que yo también creía cuando desarrollé por primera vez un sistema de lógica deóntica. Pero lo hice ingenuamente, sin fundamentar.

Luego de un largo peregrinaje por las tierras inhóspitas de la lógica deóntica, volví sobre la cuestión en lo que entonces creí que sería mi última contribución a la disciplina, mi ensayo «Normas, verdad y lógica»[3]. En ese artículo, al igual que los primeros positivistas, negué que hubiera relaciones lógicas entre las normas porque ellas carecen de valor de verdad. Pero al mismo tiempo traté de mostrar cómo las normas genuinas pueden ostentar lo que podrían llamarse relaciones *cuasi-lógicas*, no definibles únicamente en términos de verdad y falsedad sino con la colaboración adicional de la noción de racionalidad. Todavía pienso que este movimiento constituyó una salida correcta del laberinto lógico en el que había estado vagando durante más de tres décadas. Pero

---

[1] Las proposiciones en cuestión con frecuencia se denominan «proposiciones normativas». Me temo que el término fue una invención mía. Mi idea era entonces que las proposiciones, por definición, son verdaderas o falsas, y que las normas, por carecer de valor de verdad, no son entidades proposicionales. Ahora encuentro más práctico usar el término «proposición» de manera diferente. Llamaría «proposición» al significado de cualquier oración gramaticalmente bien formada que satisface la siguiente condición: la oración que obtenemos al prefijarle la frase «es verdad que» está también gramaticalmente bien formada. Las típicas formulaciones normativas «Se debe...», «Debe ser el caso que...», etc., satisfacen esta condición. Por ello, consideraré a las normas que ellas expresan como (un tipo de) proposiciones.

[2] C. ALCHOURRÓN y A. MARTINO, «Logic without Truth» [*Nota de los editores*: al momento de escribir VON WRIGHT este trabajo, esa versión en inglés del artículo de ALCHOURRÓN y MARTINO aún no había sido publicada. Posteriormente apareció en *Ratio Iuris* (marzo 1990), vol. 3, 46-67].

[3] Publicado en G. H. VON WRIGHT, *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. 1, Oxford, Basil Blackwell, 1983. Traducción al italiano de G. PEZZINI, con revisión técnica de A. A. MARTINO, «Norme, verità e logica», *Informatica e diritto,* 9, 1983 (con un prefacio del autor a la traducción).

ahora estoy dispuesto a conceder que esas relaciones cuasi-lógicas, dependientes de la noción de racionalidad, *son* genuinas relaciones de consecuencia y contradicción lógica. En consecuencia, he vuelto finalmente a mi opinión primigenia: que «la lógica trasciende la verdad».

Esta vez, no obstante, trataré de fundamentar esta posición. Más precisamente, lo que intentaré hacer es brindar una caracterización de las nociones de consecuencia y contradicción lógica que muestre tanto el modo en el que ellas dependen de la noción de verdad, como asimismo el modo en el que puede decirse que la trascienden.

3. Una primera y provisional manera de explicar la noción de consecuencia podría ser esta: que B se sigue de que A si, y solo si, si A entonces B. Una segunda manera alternativa sería: que B se sigue de que A si, y solo si, no: A pero no B. Si esas dos explicaciones de la noción de consecuencia son enteramente equivalentes es algo controvertible. Ellas son equivalentes si identificamos condicionalidad con implicación material. Porque entonces «Si A entonces B» se toma como si significara lo mismo que «no: A y no B». Podría argumentarse, sin embargo, que hay un «remanente de significado» en el condicional que esa equiparación no alcanza a captar. Diré algo acerca de esto más adelante (*infra*, sección 9).

Ambas explicaciones son inteligibles y es fácil imaginar contextos en los que ambas o cualquiera de ellas podrían ofrecerse como respuesta a la pregunta sobre qué significa que una cosa se sigue de otra. De que se haya colocado este terrón de azúcar en agua se sigue que se disolverá. Esto niega que a pesar de que el azúcar se haya colocado en agua, ella no se disolverá.

Los «ingredientes lógicos» involucrados en una de estas explicaciones es la condicionalidad («si - entonces»), y en la otra la negación («no») y la conjunción («y»). No hay aquí ninguna mención a la verdad. Alguien podría decir que hay una «mención implícita» a ella: «si - entonces» sería una abreviatura de «si es verdad que..., entonces es también verdad que...». Pero esto no es siempre ni necesariamente el caso.

4. Aunque las explicaciones antes ofrecidas funcionan bastante bien para el uso coloquial de «se sigue de», son, al menos en cierto aspecto, insuficientes para nuestros propósitos. Ellas cubren un sentido «causal» y uno «lógico» de la expresión. De haber colocado el terrón de azúcar en agua se sigue que se disolverá. Pero a menos que consideremos a la solubilidad en agua como una propiedad definitoria de la sustancia azúcar, no diríamos que esto «se sigue lógicamente». Es más natural concebir a la solubilidad como una propiedad *causal* y, por tanto, *contingente*, del azúcar.

La noción de consecuencia lógica es, de algún modo, (una consecuencia) *necesaria*. Se puede tratar de captar esto diciendo algo semejante a que B se sigue lógicamente de que A si, y solo si, si A entonces necesariamente B o, alternativamente, necesariamente no: A y no B. En lugar de «necesariamente no» podemos decir también «imposiblemente».

No obstante, no es seguro que estas adiciones sean suficientes para distinguir la noción de consecuencia lógica de otros tipos de consecuencias. Podría pensarse que toda forma de consecuencia implica (alguna forma de) necesidad. De manera que la palabra «necesario» debería haber figurado en nuestras explicaciones desde el comien-

zo. Se tendría entonces que distinguir la necesidad *lógica* de la *causal* y, tal vez, de otras formas de necesidad. ¿Cómo se haría esto? La misma noción de necesidad es oscura.

5. Alguien puede haber encontrado confuso mi uso de la partícula «que» en las expresiones «que A» y «que B». Ello requiere pues de cierta aclaración.

Considérense los esquemas «Si A, entonces B» y «no: A pero no B». ¿Qué es lo que representan las letras «A» y «B»? No sería correcto decir que *ellas* representan las entidades entre las que se asume que subsisten relaciones lógicas. Lo que ellas representan es algo *lingüístico*, ciertas combinaciones de palabras que, cuando se las sustituye por esas letras, convierten a los esquemas en oraciones completas y bien formados del castellano. Estas entidades lingüísticas, a su vez, se encuentran en una relación semántica de representación con las entidades entre las que subsisten relaciones lógicas.

Entonces, ¿qué son estas entidades lingüísticas? (Esta es una pregunta que demasiadas veces se pasa por alto.)

No serviría decir simplemente que ellas son *oraciones*. La de oración es una categoría gramatical. Tampoco cualquier par de oraciones, cuando se las sustituye por «A» y «B», producirán una oración bien formada. Por ejemplo, no lo harían oraciones interrogativas o imperativas.

A veces se dice que «A» y «B» representan oraciones declarativas o descriptivas. Prefiero decir que ellas representan oraciones en *modo indicativo*. «Declarativa» y «descriptiva» no son lo que aquí entiendo por categorías *gramaticales*.

Las formulaciones normativas, *i. e.* oraciones que expresan o enuncian normas, se encuentran de manera típica en modo indicativo, pero no parecería natural llamarlas «declarativas» o «descriptivas».

A las oraciones en modo indicativo se les pueden prefijar frases como «es verdad que», «es necesario que», «está permitido que», etc. También se les pueden prefijar frases de carácter similar, expresivas de diversas actitudes epistémicas o doxásticas. Por ejemplo, «es sabido que» o «es dudoso que». Al prefijar estas frases a las oraciones en modo indicativo se obtienen nuevas oraciones indicativas (gramaticalmente correctas). Llamaré «cláusula "que"» a la parte de las nuevas oraciones consistente en la palabra «que» seguida por la oración original. Sobre las cláusulas «que» diré que *nombran* entidades a las que propongo llamar «proposiciones». Es entre estas entidades que pueden subsistir relaciones lógicas tales como las de consecuencia y contradicción.

Las proposiciones, así entendidas, son el «significado» de oraciones indicativas. Las descripciones, las declaraciones, las normas y las reglas son significados semejantes. En este sentido, las normas también son proposiciones.

Se dice a veces que los prefijos epistémicos y doxásticos «es sabido (creído, dudoso, etc.) que» se refieren a diversas *actitudes proposicionales*. En un sentido extendido, también puede decirse que los prefijos deónticos «es debido (permitido, no permitido) que» expresan actitudes proposicionales. Y entonces también «es necesario (posible, imposible) que» e incluso «es verdadero (falso) que».

6. Considérese el esquema «Si A, entonces B». Hay al menos dos tipos de casos en los que las letras no representan oraciones indicativas. Uno es cuando «B» repre-

senta una oración imperativa y «A» una indicativa. Como, por ejemplo, en «Si el perro ladra, no corras». Este tipo de condicionales no nos interesa aquí. El segundo tipo es conocido como condicional contrafáctico o subjuntivo. Algo debe decirse sobre ellos.

Quizás usualmente los condicionales contrafácticos se refieren a relaciones causales. «Si el terrón de azúcar se hubiese colocado en agua, se habría disuelto». Pero bien pueden también referirse a relaciones de consecuencia lógica. «Si Russell no hubiese estado casado, habría sido soltero».

Cuando la frase «Russell no hubiese estado casado» aparece luego de «si», no es una oración indicativa —sí lo es cuando aparece independientemente—. Ni siquiera es una oración completa del castellano, como tampoco lo es «habría sido soltero».

Adoptaré el enfoque de que «si Russell no hubiese estado casado, habría sido soltero» es una variante idiomática de «si Russell no estaba casado, era soltero, pero Russell estaba casado». La relación de consecuencia lógica se verifica entre (las proposiciones) que Russell no estaba casado y que era soltero. Esto es así independientemente de si Russell *estaba*, de hecho, casado o no.

En consecuencia, la sugerencia sería que un condicional contrafáctico es una conjunción disfrazada. Su primer término es un condicional cuyo antecedente y consecuente son oraciones indicativas. Su segundo término es la oración que constituye la negación del antecedente del condicional.

Si «Si A entonces B» es un condicional contrafáctico, no puede «traducirse» como «no: A y no B». Esta segunda expresión no es entonces una oración bien formada sino un simple sinsentido.

7. Como se ha insinuado antes, una manera tradicional de explicar qué significa (la proposición) que B se sigue lógicamente de (la proposición) que A es decir que si la segunda es verdadera, la primera necesariamente es, tiene que ser o no puede dejar de ser, también verdadera.

¿Cuánto añade esta ampliación, que incorpora la noción de verdad, a la fuerza explicativa del esquema «Si A entonces necesariamente B» como explicación propuesta de la noción de consecuencia lógica? La misma pregunta puede plantearse respecto de la ampliación de nuestro segundo esquema a «es necesariamente verdadero que es verdadero que A pero no es verdadero que B».

Una respuesta podría ser que las ampliaciones no añaden nada en absoluto al poder explicativo de los esquemas. Porque de acuerdo con un punto de vista muy extendido, si «X» representa una oración indicativa, entonces «es verdad que X» no dice nada más allá de «X» mismo.

Incluso concediendo que esta equiparación no está exenta de discusión, la mera introducción de la noción de verdad no ilumina demasiado la idea de consecuencia. Otras nociones podrían resultar más útiles. Una de ellas es la de «aceptación» y su opuesta, la de «rechazo». Se diría entonces, por ejemplo, que B se sigue lógicamente de que A significa que si se aceptara lo primero, se estaría «por consistencia» comprometido, obligado a aceptar o no podría rechazar, también lo segundo.

Reemplazamos nuestros esquemas explicativos iniciales por los dos siguientes: que B se sigue lógicamente de que A significa (a) que se debe aceptar que B si se acepta que

A o, alternativamente, (b) que se debe rechazar la conjunción de que A con la negación de que B.

Los ingredientes conceptuales de los dos esquemas son: condicionalidad («si - entonces»), necesidad («tener que»), conjunción («y») y aceptación y rechazo.

8. ¿Qué es aceptar o rechazar una proposición? Aceptar una proposición, podría decirse, es «aferrarse» a ella, excluirla del debate y de la duda, usarla como un estándar para medir (juzgar) la aceptabilidad o la no aceptabilidad de otras proposiciones. Estas aclaraciones, si bien vagas, se aplican no solamente a proposiciones con valor de verdad sino también, por ejemplo, a las normas. Las normas, aun cuando no sean verdaderas o falsas, son sin duda objeto de aceptación o rechazo. Se puede debatir sobre ellas, y como resultado de ese debate nuestras actitudes hacia ellas pueden cambiar.

Aceptar una proposición a menudo significa creer en ella, o incluso conocerla. La creencia en una proposición normalmente significa creer en la *verdad* de la proposición. *Esta* forma de aceptación de las proposiciones no se aplica a las normas (genuinas).

Con frecuencia, pero no siempre, se puede argumentar, dar razones o fundamentos a favor de la aceptación de una proposición. Estos fundamentos constituyen un conjunto heterogéneo. Cuando se acepta una proposición como verdadera, los fundamentos ofrecidos en apoyo de su aceptación tienen que ver con cosas tales como el testimonio de nuestros sentidos, la confianza en la autoridad de otros individuos, o inferencias a partir de otras proposiciones ya aceptadas. La aceptación no «convierte» a una proposición en verdadera, pero declarar verdadera a una proposición es destacarla para el papel que las proposiciones aceptadas desempeñan en nuestra vida y en nuestras relaciones con otras personas.

Parece existir la siguiente notable asimetría entre las ideas de aceptación y rechazo (de proposiciones). Las proposiciones son rechazadas porque se contradicen o resultan de algún otro modo irreconciliables con otras proposiciones aceptadas. El rechazo, entonces, presupone y es secundario respecto de la aceptación. Por ejemplo, rechazo la proposición de que Russell era soltero porque acepto como un hecho que estaba casado. Si dudase acerca de si estaba o no casado, debería saber cómo establecer la verdad sobre la cuestión —buscando en libros o preguntándole a alguien cuya autoridad acepto—.

También rechazo la conjunción de que Russell era casado *y* era soltero. Aquí el fundamento del rechazo es, por así decirlo, interno respecto de la proposición (molecular). No necesito aceptar que Russell no estaba casado o que no era soltero a fin de rechazar esa proposición. Ningún hecho acerca de Russell es relevante para mi rechazo. ¿Debería no obstante decir que la rechazo por ser «contraria a la verdad»? *Podría* decir eso, pero decirlo tendería a desdibujar la diferencia entre mi fundamento para rechazar *esa proposición* y para rechazar la proposición de que Russell era soltero. ¿Por qué, entonces, Russell no era un soltero casado? Porque no puede haber tal cosa. Imaginar la posibilidad sería *contrario a la razón* (más que contrario a la verdad); por tanto, no podemos aceptarla. La noción de un soltero casado *no tiene sentido*, excluimos la forma de expresión «soltero casado» como contraria a un estándar aceptado de discurso significativo. Es debido a esta actitud hacia la proposición que también decimos que, *si* Russell estaba casado, se sigue lógicamente que no era soltero. O, alternativamente, que si era soltero, necesariamente no estaba casado.

Lo que trato de decir es que no es *porque* la negación de una proposición se siga lógicamente de la otra, o que no es *porque* las dos proposiciones se contradicen lógicamente, que rechazamos su conjunción. Es el rechazo de la conjunción como algo contrario a la razón o como un sinsentido lo que confiere a sus miembros estas particulares relaciones que llamamos, respectivamente, consecuencia y contradicción lógica. La lógica no nos «fuerza» al rechazo; deberíamos más bien decir que es nuestro rechazo lo que «confiere» a las proposiciones el orden al que denominamos «lógico».

La necesidad lógica no es una clase de *super-verdad*, sino un reflejo de actitudes que adoptamos hacia el modo en que las proposiciones están mutuamente relacionadas desde el punto de vista de su aceptabilidad y rechazo. A fin de dar sentido a las nociones de consecuencia y contradicción lógica no necesitamos asumir que las proposiciones así relacionadas son verdaderas o falsas. Lo que se debe asumir, no obstante, es al menos que podemos dar previamente sentido a las operaciones de conjunción y negación que les aplicamos. Como se verá con claridad enseguida, esta condición no es una trivialidad.

9. Veamos ahora cómo puede aplicarse lo que hemos dicho a las normas.

Las normas se expresan en oraciones indicativas a los efectos de que ciertas cosas, normalmente acciones humanas, sean obligatorias, permitidas y prohibidas, *i. e.* deban, puedan o no deban hacerse.

Que la conjunción y la negación se aplican a las normas significa que las oraciones que obtenemos al unir oraciones que expresan normas por medio de la partícula «y» (o «pero») y al prefijar a ellas la palabra «no» también expresan normas. La persona a quien se dirigen las oraciones así formadas tiene que saber lo que es obligatorio, permitido, o prohibido *si* sabe qué normas expresan las oraciones simples.

«Y» y «no» son a menudo llamadas conectivas veritativas. Como tales, no obstante, solo se aplican a proposiciones que tienen valor de verdad. En tal caso el significado de la conjunción y la negación es claro y fácil de explicar.

También está claro y fuera de discusión que «y» y «no» se aplican a proposiciones a los efectos de que hay (existen) tales y cuales normas. Esas proposiciones tienen valor de verdad. Ellas a menudo, quizás normalmente, se expresan mediante (instancias de) las mismas (clases de) oraciones que las propias normas (cfr. *supra*, sección 1).

Si decir que debe ser que A *y* debe ser que B es decir que hay una norma a efectos de lo primero y también una norma a efectos de lo segundo, entonces esto será verdadero o falso según sea el caso. Pero eso no es expresar una norma. Tomar consciencia de ello debería hacernos preguntar si la operación de conjunción tiene alguna aplicación a las normas. No estoy sugiriendo que la respuesta *tiene que ser* «No». Pero tampoco es claro que pueda ser «Si».

La conjunción de proposiciones con valor de verdad es en sí misma una proposición con valor de verdad. Se podría pensar que, de manera análoga, una conjunción de normas tiene que ser también una norma.

Esta sugerencia es fácil de seguir para el caso simple recién mencionado. Decir que debe ser que A *y* que debe ser que B puede ser —de hecho muchas veces es— otra manera de decir que debe ser que A *y* B. Esta última oración puede ser usada para

expresar una norma, al igual que puede ser usada para expresar que hay una norma a tal efecto. Podría llamársela una norma de «contenido conjuntivo».

Para casos más complicados la sugerencia no es tan fácil de seguir. ¿Qué norma o normas responden a la conjunción de dos o más permisiones, o a la conjunción de obligaciones y permisiones? Estas preguntas también tienen que tener una respuesta satisfactoria si ha de ser posible una lógica deóntica como genuina lógica de normas. Pero no trataré de responder a ellas aquí.

Hasta aquí hemos hablado de conjunciones de normas. ¿Qué hay de la negación? ¿Qué significa decir que no es obligatorio que A? Podría significar que no hay ninguna norma que declare obligatorio que A. Este es un enunciado verdadero o falso. Pero también podría ser una manera de declarar permitido que no A. Esta es una genuina norma. La llamaré la norma-negación de la norma que declara obligatorio que A. Así, la negación de una norma que impone una obligación es una norma que confiere un permiso.

Mediante un argumento similar se puede mostrar que la norma-negación de una norma permisiva es una norma de obligación. «No está permitido que A» puede expresar o bien un enunciado verdadero o falso a los efectos de que no se ha conferido un cierto permiso, o bien puede expresar una norma a los efectos de que es obligatorio que no A, *i. e.* está prohibido que A.

Estas observaciones sobre la aplicación de la negación a las normas están en armonía con nuestras intuiciones conceptuales y con el uso del lenguaje.

En consecuencia, concediendo que las conectivas «y» y «no» se aplican también a las normas, podemos ilustrar mediante un ejemplo sencillo cómo esto podría habilitarnos a decir que una norma se sigue lógicamente de otra.

Considérese la combinación de palabras «debe ser que A *y* debe ser que no A». Como norma esto dice que debe ser que A *y* que no A. ¿Debemos rechazar esto? ¿Y qué significaría rechazarlo?

Una norma no puede ser rechazada por ser contraria a la verdad (*i. e.* por decir algo falso). Pero puede ser rechazada por ser irracional, contraria a la razón. ¿Por qué? Esta pregunta solo puede responderse sobre la base de consideraciones relativas al uso y propósito de la actividad de dictar normas.

Las normas normalmente pretenden asegurar un cierto orden de cosas, que puede obtenerse a través de la acción humana o de la abstención de la acción. La autoridad que hace obligatorio que A quiere que sea el caso que A. También con frecuencia está preparada para tomar ciertas medidas para lograr que aquellos a quienes la norma se dirige cumplan con su deseo. Por tanto, quien hiciera obligatorio que A y no A se comportaría como si desease que sea el caso que A y que no A. Pero eso, diríamos normalmente, *no puede* ser. Ninguna medida destinada a asegurar que se cumpla con tal «deseo» podría ser eficaz. Por tanto, tampoco tiene sentido dictar esa norma. En «nombre de la razón» la rechazamos, nos rehusamos a incluirla en cualquier conjunto o código normativo razonable.

A partir de esto podemos pasar a hablar sobre consecuencia lógica. Dado que rechazamos la conjunción de las normas, podemos decir de cualquiera de ellas que su

norma-negación se sigue de la otra norma. Por ejemplo: de la norma de que debe ser que A se sigue lógicamente la negación de la norma de que debe ser que no A, *i. e.* la norma de que puede ser que A. De manera similar, de la norma de que debe ser que no A se sigue lógicamente que puede ser que no A. En general, de la norma que declara algo como obligatorio se sigue lógicamente una norma que permite esa misma cosa. «La obligación ("deber") implica la permisión ("poder")».

En lugar de decir que rechazamos la conjunción de las dos normas podríamos también decir que ellas se contradicen, o que una es inconsistente con la otra. Pero no es *porque* ellas sean contradictorias o inconsistentes que las rechazamos, sino que se las considera contradictorias porque rechazamos su conjunción como «contraria a la razón».

Debe advertirse incidentalmente que alguien puede sentir una cierta resistencia a pasar, de decir que dos normas son contradictorias, a decir que la negación de una se sigue lógicamente de la otra. Pero pienso que esta resistencia tiene sus raíces en una confusión. Del hecho de que hay una norma que declara algo como obligatorio no necesariamente se sigue que también hay (existe) una norma que permite ese algo. Esto se sigue o no dependiendo de cuál sea el criterio que adoptemos para la *existencia* de normas. Si, por ejemplo, exigimos que una norma sea «promulgada» en palabras para que exista, no se sigue que, si hay una norma de obligación, hay también una norma permisiva. Pero aquello que *debe* ser *puede*, no obstante, también ser.

Una parte de la razón por la que rechazábamos la conjunción de las dos normas era que la conjunción de sus «contenidos», que A y que no A, era algo que nunca podía ser verdadero. Había, entonces, un doble rechazo involucrado: la conjunción de las normas se rechazaba como contraria a la razón porque demandaba algo que rechazamos como contrario a la verdad.

Pero, ¿debe ser esto así? ¿Debemos rechazar la conjunción de cualquier proposición con su negación? No hay ningún «deber» aquí, por «detrás» del «deber» que surge del propio rechazo.

Si no rechazamos la conjunción de que A y que no A, tampoco tenemos razón para rechazar la conjunción de las dos normas que requieren tanto que A como que no A. De hecho, esas normas no son tales que nunca hemos escuchado de ellas, si bien tal vez lo hacemos con mayor frecuencia en el mundo de la ficción y la fantasía que en el de los hechos. Existe un cuento sobre un rey que ordenó a la hermosa Kraka que lo visitase vestida y desnuda. ¿Qué hizo la inteligente mujer? Se cubrió con una red de pesca y fue a ver al rey. ¿No estaba vestida? ¿No estaba también desnuda? Tomemos estas preguntas en serio y pensemos. No es en absoluto antinatural, «contrario a la razón» o «contrario a la verdad», decir que Kraka estaba, a la vez, vestida y desnuda. Tampoco nos resultaría antinatural decir que ella no estaba ni vestida ni desnuda[4].

En una lógica deóntica que no rechace conjunciones de normas de obligación con contenidos «opuestos» ya no será el caso que la negación de la norma de que debe ser el caso que no A se siga lógicamente de la norma de que debe ser el caso que A. Manteniendo el mismo significado que le asignamos antes a la negación de una norma

[4] Cfr. RABELAIS, *Panurge*, Ch. XXXVI, sobre el consejo del filósofo respecto de si Pantagruel debía casarse.

de obligación se seguiría que en esta lógica deóntica la obligación no implica la permisión. Podemos aceptar esto y decir, por ejemplo, que Kraka no tenía permitido visitar vestida al rey a pesar de que estaba obligada a ello. En el caso considerado no habría nada extraño en ese uso del lenguaje.

En un mundo en el que las cosas estuvieran siempre, o la mayor parte del tiempo, en continuo cambio, o en el que la mayoría de las características de las cosas se fusionasen sin límites precisos, podrían tener que aceptarse enunciados semejantes a contradicciones tanto en la descripción de cómo son las cosas como así también para decir cómo deberían o podrían ser.

Algunos filósofos han sido de la opinión de que el mundo en el que vivimos *es* ciertamente así, y que es solo la trama gruesa de la red con la que para la mayoría de nuestros propósitos lo conceptualizamos lo que hace que las cosas parezcan diferentes. Esta opinión, sin embargo, me parece que se funda en una idea indebidamente «realista» de lo que «es» el mundo independientemente de su conceptualización.

Podría decirse que en un mundo «lleno de contradicciones» no habría ningún «orden lógico» de las cosas. Pero entonces debería advertirse que las conjunciones aceptadas de proposiciones y sus negaciones no son contradicciones en el sentido «clásico», que *requiere* el rechazo de uno de sus miembros si el otro es aceptado. ¿No podría haber una lógica, un orden lógico, entre tales conjunciones «contradictorias» en sentido no clásico? La respuesta es «Si». Las diversas lógicas agrupadas bajo el rótulo de «paraconsistentes» constituyen un ejemplo. Pero, por lo que entiendo, también en ellas la noción de consecuencia lógica es «clásica», *i. e.* basada en el rechazo de ciertas conjunciones por ser, en el sentido clásico, contradictorias.

10. He tratado de mostrar, usando la lógica deóntica como ejemplo, cómo la noción de consecuencia lógica puede también aplicarse a proposiciones sin valor de verdad. Constituye una particularidad del ejemplo utilizado el que un fundamento para rechazar cierta conjunción como contraria a la razón está dado por el rechazo de otra conjunción como contraria a la verdad. Así, en nuestro ejemplo, las relaciones de consecuencia entre proposiciones sin valor de verdad presuponen relaciones de consecuencia entre proposiciones con valor de verdad. Si esto tiene que ser así, *i. e.* si este es un presupuesto general de las relaciones de consecuencia (y de otras relaciones lógicas) entre proposiciones sin valor de verdad, es una cuestión que no discutiré aquí. Me inclino a pensar que la respuesta es afirmativa. Si esto es correcto, podría decirse que relaciones lógicas tales como las de consecuencia y contradicción se verifican *primariamente* entre proposiciones con valor de verdad y solo en un sentido *secundario* entre proposiciones que no satisfacen esa condición.

11. Voy a concluir con algunas observaciones sobre ciertas conocidas anomalías o «paradojas» inherentes a la identificación de la noción de implicación o consecuencia lógica con el rechazo por inconsistente de la conjunción de una proposición con la negación de otra proposición.

Supóngase que, por alguna razón, la conjunción de dos proposiciones, que A y que B, es rechazada como contradictoria (contraria a la razón). En tal caso, la adición de un tercer miembro a la conjunción, digamos la proposición que C, presumiblemente también tendría que ser rechazada. Y entonces, de acuerdo con nuestra definición, la

proposición que no C se sigue lógicamente de la proposición conjuntiva que A y que B. En virtud de un argumento similar, la proposición que C también se sigue lógicamente de la conjunción.

Esta es otra manera de plantear la bien conocida idea de que a partir de una contradicción se sigue lógicamente cualquier proposición. Esto puede parecernos extraño. No obstante, la aceptación de esta rareza se ha vuelto casi corriente en la lógica moderna. La observación también se toma como fundamento para decir que la ocurrencia de una contradicción en un «sistema» de proposiciones lo «hace explotar» o lo «trivializa». Esto, se dice, es lo «malo» de las contradicciones.

Vale la pena preguntarse si se podría modificar nuestra definición de consecuencia a fin de evitar lo extraño de tener que decir que de una contradicción se sigue cualquier proposición (evitar esta expresión no volvería «aceptables» a las contradicciones; ellas *por definición*, podría decirse, son cosas que rechazamos por ser contrarias a la razón y a la verdad).

Lo que tiene de extraño decir que no C se sigue de la conjunción antes mencionada es que ella ya *es* una contradicción antes de (sin) la adición de que C. Si no hubiese sido ya contradictoria, pero se hubiese *vuelto* (convertido en) contradictoria por la adición de que C, entonces hubiese sido el caso —más allá de cualquier cuestionamiento sobre su «rareza»— que la proposición que no C se sigue lógicamente de la conjunción de las otras dos proposiciones.

Llamamos auto-contradictorias a ciertas proposiciones. Por ejemplo, que Russell era un soltero casado. Podría preguntarse si una proposición auto-contradictoria es una conjunción «disfrazada» de proposiciones que se contradicen. Que Russell era un soltero casado significa que Russell era soltero y que Russell era casado. Que Russell era soltero significa que no era casado. Por consiguiente, que Russell era un soltero casado significa que Russell era casado y que Russell no era casado.

Debería advertirse que aquí debemos decir «significa» y no «se sigue de» o «implica». Porque decir que la proposición que Russell era casado implica que no era soltero ya presupone que rechazamos la conjunción que Russell era casado y que Russell era soltero. La naturaleza auto-contradictoria de la proposición que Russell era un soltero casado es una «cuestión de significado», no una cuestión de consecuencia lógica. Que sea lo primero significa que excluimos del uso correcto del lenguaje una cierta combinación de palabras («casado soltero»). Por tanto, la idea que esa combinación «pretende» expresar es «contraria a la razón».

Si es auto-contradictorio que B, entonces también es contradictorio que A *y* que B. Si la noción de consecuencia es definida simplemente como la inconsistencia de una proposición con la negación de otra, tendríamos que decir que la negación de que B se sigue lógicamente de que A. La negación de una contradicción a veces se denomina tautología. (Si una contradicción es una proposición necesariamente falsa, su negación es una proposición necesariamente verdadera). La observación anterior significa entonces que cualquier tautología se sigue lógicamente de cualquier proposición arbitraria. Esto también puede considerarse como un sentido vacuo de consecuencia lógica al que desearíamos «eliminar» de algún modo. Para lograr esto sugiero la siguiente definición modificada de implicación o consecuencia lógica:

Una proposición se sigue lógicamente de otra si, y solo si, la conjunción de la segunda con la negación de la primera es inconsistente *y* esta inconsistencia es independiente del hecho —si es un hecho— de que la segunda proposición es en sí misma inconsistente y también del hecho —si es un hecho— de que la primera es tautológica[5].

¿Qué significa aquí «independiente»? Podría tratar de responderse así: significa que incluso si una proposición no fuese contradictoria o la otra tautológica, la conjunción de una con la negación de la otra sería una inconsistencia.

Esta respuesta puede, no obstante, ser considerada poco esclarecedora. Genera la siguiente pregunta: ¿qué clase de «hipótesis» estamos considerando cuando decimos que algo sería el caso si una proposición que *es* contradictoria *no lo fuese*, o si una proposición que *es* tautológica *no lo fuese*? El significado de estos contrafácticos no es claro.

Me parece que una respuesta satisfactoria debe hacer referencia al modo en que demostramos, establecemos, llegamos a conocer el carácter inconsistente de la conjunción de una proposición con la negación de la otra. «Independiente» en la definición sugerida significa «demostrabilidad independiente». ¿Qué es esto? Trataré de aclararlo mediante algunos ejemplos.

Considérese la conjunción de dos proposiciones, que A y que B, y uno de los miembros de esa conjunción, digamos que A. La conjunción de la conjunción y la negación de ese miembro, *i. e.* que A&B&~A, es una contradicción. Ello es así con independencia de si la conjunción de que A y que B es o no es en sí misma una contradicción, y también con independencia de si A es o no es una tautología. Por eso es que A&B implica que A. Esta es una instancia de una «ley de implicación» general, según la cual una conjunción implica a cada uno de sus miembros.

Ahora substituyamos «~A» por «B». Que A&~A es una contradicción. ¿Esta conjunción implica también a sus miembros, por ejemplo, implica que A? Que A&~A&~A también es una contradicción. Esto es (ya) así porque el primero y el tercero de sus miembros se contradicen y, por ello, con independencia del hecho de que *también* el primero y el segundo de sus miembros formen una contradicción. Podemos, por así decirlo, «cerrar nuestros ojos» a este último hecho y seguir teniendo la contradicción entre la conjunción de los primeros dos miembros y la negación del primer miembro.

Consideremos ahora la conjunción de que A&~A&~B. Esta es una contradicción. Es una contradicción porque la parte de ella formada por los primeros dos miembros «ya» es una contradicción. El carácter contradictorio de la conjunción de tres miembros *depende* del carácter contradictorio de la de dos miembros. Por tanto, no queremos decir que la conjunción de dos miembros implica la negación de que B. Dado que «B» representa una proposición arbitraria, deberíamos entonces tener que decir que una contradicción implica a cualquier proposición. Esta es la «paradoja» que queremos evitar.

---

[5] He presentado y tratado de defender esencialmente la misma explicación de la noción de implicación o consecuencia lógica en un temprano trabajo titulado «The Concept of Entailment» (en *Logical Studies*, London, Routledge & Kegan Paul, 1957). Sin embargo, ya no estoy de acuerdo con todos los detalles de la argumentación en ese trabajo.

Substituyamos «A» por «B». Que A&~A&~A es una contradicción. Dado que ello es ya así debido a que la conjunción de sus dos primeros miembros es contradictoria, ¿no deberíamos entonces decir que A&~A *no* implica que A?

Que A&~A implica que A es un caso especial del principio según el cual una conjunción implica a cada uno de sus miembros. Pero, como una instancia de substitución de la contradicción que A&~A&~B, que A&~A *no* implica que A. Dos reglas para evaluar la implicación se intersectan, por así decirlo, en este punto, y podemos responder «Si» o «No» a la pregunta sobre si también una conjunción contradictoria implica a cada uno de sus miembros. Responder «Si» no importa comprometerse a admitir que «de una contradicción se sigue lógicamente cualquier proposición».

En virtud de argumentos simétricos se puede establecer la «ley de la implicación» según la cual una disyunción es implicada por cualquiera de sus miembros. Como un caso especial de ella tenemos que A implica que A∨~A, a pesar de que el carácter tautológico de A∨~A «ya» garantiza que la conjunción de que A con la negación de que A∨~A sea una contradicción. El carácter tautológico de que A∨~A también garantiza que la conjunción de que B con la negación de que A∨~A sea contradictoria. Esto, no obstante, no puede ser usado como una «prueba» de que una tautología es implicada por cualquier proposición. Porque la prueba de que B&~(A∨~A) es inconsistente depende del hecho de que ~(A∨~A) lo sea.

Espero que los ejemplos precedentes muestren con suficiente claridad cómo podemos «rescatar» la noción de implicación o consecuencia lógica de las «paradojas» de que una contradicción implica cualquier proposición y de que cualquier proposición implica cualquier tautología.

12. La idea de que una relación de implicación subsiste independientemente del valor de verdad o del valor modal de sus términos se refleja en la lectura condicional de esta relación (cfr. *supra*, sección 9). Decir «Si A entonces B» es afirmar un «vínculo» entre las dos proposiciones que se mantiene con independencia de si ellas resultan verdaderas o falsas, o aceptables o no. La aceptación de su implicación material como necesaria, *i. e.* el rechazo como inconsistente de la conjunción de una con la negación de la otra, es todo lo que importa. La implicación es una relación *condicional* lógicamente necesaria entre proposiciones. Por consiguiente, su aceptación no debe *depender* del previo rechazo de su antecedente ni de la previa aceptación de su consecuente. Pero esto no impide que, como cuestión de hecho, el antecedente *sea* rechazado como imposible, ni que el consecuente *sea* aceptado como necesario.

REMINISCENCIAS DE GEORG HENRIK VON WRIGHT*

Eugenio Bulygin

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. En este texto se describen algunos recuerdos y anécdotas de los encuentros del autor con G. H. von Wright y de sus discusiones e intercambios sobre lógica y filosofía.

Palabras clave: G. H. von Wright, E. Bulygin, lógica de las normas.

Reminiscences of Georg Henrik von Wright

ABSTRACT. This is a collection of some of the memories and anecdotes that the author shares with G. H. von Wright. We can also read his discussions and exchanges on logic and philosophy.

Keywords: G. H. von Wright, E. Bulygin, deontic logic.

* Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2016. Traducción de Pablo E. Navarro.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.03

(I)

Un día vi el anuncio de un nuevo seminario sobre lógica deóntica, a cargo del profesor Carlos COSSIO, en el Instituto de Filosofía Jurídica de la Universidad de Buenos Aires. Fue a comienzo de la década del cincuenta, es decir, muy poco después de la publicación del primer artículo de VON WRIGHT sobre lógica deóntica. El apellido «VON WRIGHT» me impresionó como extraño, a causa de la combinación inusual del alemán «von» y el inglés «Wright». Asistí a dos o tres reuniones del seminario sin mucho beneficio. En esos tiempos era un estudiante de grado de la carrera de derecho y, aunque ya estaba interesado en la filosofía, estaba poco familiarizado con la idea de la lógica, y por ello, no pude seguir el artículo de VON WRIGHT, ni la discusión en el seminario. Pero conocí allí a un joven que desempeñó un papel destacado en mi vida: Carlos ALCHOURRÓN. Carlos, quien era de mi generación y también era estudiante de derecho, ya era un *connoisseur* de la lógica y la filosofía analítica. Dado que teníamos intereses similares comenzamos a trabajar juntos y nos convertimos en buenos amigos. Esta amistad duro más de cuarenta años y fue realmente fructífera ya que escribimos conjuntamente diversos libros y una buena cantidad de artículos.

En 1955 se produjo un cambio político importante en Argentina: el presidente Perón, cuyo gobierno fue (al menos en Educación) muy reaccionario, fue removido por una revolución militar y ello tuvo una profunda influencia en la Universidad. Durante el régimen de Perón, la filosofía del derecho estuvo dominada por personas formadas en la tradición del Derecho natural, con la excepción de COSSIO. Desafortunadamente, él también perdió su posición académica en esa ocasión, pero su sucesor fue Ambrosio GIOJA, un respetado filósofo y un destacado profesor, así que ambos, Carlos y yo, comenzamos a colaborar activamente con él. GIOJA era un seguidor de KANT y HUSSERL en el campo de la filosofía general y un gran admirador de la filosofía jurídica de KELSEN. Su idea era usar la fenomenología como la base filosófica para la Teoría Pura del Derecho de KELSEN y Carlos pretendía hacer los mismo, pero usando la lógica y la filosofía analítica. La confrontación entre esas dos personalidades tan diferentes, un profesor y un estudiante recién graduado (graduado con un promedio muy bajo) tuvo un resultado sorprendente: después de varios años de intensas discusiones fue Carlos quien ganó la batalla. El clima filosófico del Instituto cambió completamente. HUSSERL y SCHELER fueron reemplazados por CARNAP, TARSKI, VON WRIGHT y WITTGENSTEIN y, en filosofía jurídica, junto con KELSEN aparecieron los trabajos de Alf ROSS y H. L. A. HART, traducidos al castellano por otro gran amigo y excelente filósofo del derecho: Genaro CARRIÓ, quien en 1984, con la presidencia de Alfonsín, se convirtió en presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

(II)

Como dije anteriormente, mi primer encuentro con los trabajos de VON WRIGHT fue un fracaso. Pero pocos años después leí su *Norm and Action*, que fue publicado en 1963. Este libro me impresionó mucho y decidí traducirlo al castellano, junto con otro

de mis grandes amigos, Ernesto GARZÓN VALDÉS. Pero cometimos el error de no requerir inmediatamente la autorización del editor y, cuando lo hicimos, los derechos de la traducción ya habían sido vendidos a un editor español. Nuestra traducción nunca fue publicada, a pesar de ser considerablemente mejor que la publicada en Madrid[1]. Pero este fracaso nos dio la oportunidad de contactar con VON WRIGHT y de invitarlo a Argentina. Él estaba bastante entusiasmado con la invitación, pero entonces un desastre político ocurrió en Argentina: un *coup d'état* militar. El gobierno democrático fue reemplazado por una dictadura militar y todas las autoridades universitarias (rectores y decanos) fueron removidas y, en muchos casos, reemplazados por coroneles y capitanes[2]. Como resultado, no podíamos contar con la Universidad de Buenos Aires para financiar nuestra invitación. Afortunadamente, el nuevo rector de la Universidad de La Plata (Capital de la Provincia de Buenos Aires) no era un sargento sino un arquitecto y un viejo amigo de Ernesto, y se mostró de acuerdo con invitar a VON WRIGHT a Argentina. Esa fue la razón por la que VON WRIGHT no fue invitado por la principal universidad del país, sino por una universidad ubicada en la provincia de Buenos Aires.

En 1968, el mismo día de la llegada de VON WRIGHT, Ambrosio GIOJA, Ernesto GARZÓN, Carlos ALCHOURRÓN y yo estábamos sentados junto con VON WRIGHT en la recepción de su hotel, conversando sobre sus próximas clases. Ya sabíamos acerca de qué se trataban porque él nos había enviado un par de semanas antes el manuscrito de un nuevo libro, que utilizaría como base de sus conferencias. En ese libro, él distinguía entre seis conceptos de obligación y seis conceptos de permisión, que eran definidos en términos de mundos posibles a través de sus correspondientes fórmulas. Durante la conversación ALCHOURRÓN tímidamente expreso sus dudas acerca de esas fórmulas y en una servilleta de papel comenzó su demostración (su «truco sucio» como lo llamo VON WRIGHT). En cinco minutos VON WRIGHT se dio cuenta de que las fórmulas eran, en verdad, erróneas (ALCHOURRÓN probó que las seis definiciones eran equivalentes). Así que las eliminó del texto de su libro, que apareció en el mismo año[3]. VON WRIGHT quedó muy impresionando con la crítica de ALCHOURRÓN, pero lejos de sentirse contrariado, fue el principio de nuestra amistad.

Las conferencias de VON WRIGHT en La Plata, a 60 kilómetros de Buenos Aires, fueron muy populares, pero los asistentes fueron principalmente de la Ciudad de Buenos Aires. Fueron cuatro conferencias en las que desarrolló las principales ideas de su libro y fueron seguidas de una viva discusión. Más tarde dio dos conferencias en Buenos Aires, y fue posteriormente invitado por la Universidad de Córdoba (una ciudad colonial a 760 kilómetros de Buenos Aires). Carlos, Ernesto y yo le acompañamos a Córdoba, donde dio un par de conferencias. En esa ocasión, visitamos santa Catalina, un hermoso monasterio barroco, construido por los Jesuitas en el siglo XVII, en una

---

[1] La traducción publicada por Tecnos, una bien conocida y prestigiosa editorial, tiene muchos errores, especialmente en el capítulo III. La misma primera frase, en la p. 21, dice: «La palabra inglesa "norma"...». La palabra «norma», ciertamente, no es una palabra inglesa.

[2] Cfr. E. BULYGIN y E. GARZÓN VALDÉS, «Ursprung und Entwicklung der analytischen Rechtsphilosophie in Argentinien», en E. BULYGIN y E. GARZÓN VALDÉS (Hrg.), *Argentinische Rechtsphilosophie heute,* Berlin, Duncker & Humblot, 1987, 7-11.

[3] G. H. VON WRIGHT, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam, North Holland, 1968. En su prefacio, VON WRIGHT reconoce la crítica de ALCHOURRÓN: «Agradezco al profesor Carlos ALCHOURRÓN por una importante corrección a mi tratamiento previo del cálculo deóntico diádico».

«Estancia», que sirvió como la base financiera de la Universidad de Córdoba, una de las primeras universidades en Sudamérica. Luego de la expulsión de los Jesuitas por parte de la corona española (1767), fue comprada en un remate público por un antepasado de la familia de mi mujer. Algunos años después fue declarada Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO, pero aún es propiedad de la familia y uno de nuestros lugares favoritos de vacaciones. VON WRIGHT quedó maravillado con el lugar y en sus otras visitas a Argentina pasó, junto con su esposa, bastantes días en el (antiguo) monasterio.

Los tres estuvimos en contacto con VON WRIGHT todo ese tiempo y cuando él dejo Argentina ya éramos (a pesar de las diferencias de edad y conocimiento) grandes amigos. Estoy seguro de que él fue muy feliz en este primer y más bien extenso viaje a Argentina[4].

(III)

En el mismo año 1968 obtuve una beca del British Council, que me permitió pasar todo un año en Oxford. Mi supervisor fue H. L. A. HART. Durante mi estancia allí fui invitado por VON WRIGHT a visitarlo en Cambridge, donde tuve la oportunidad de discutir con él numerosos problemas del libro que estaba escribiendo con ALCHOURRÓN y de reunirme con algunos importantes filósofos y matemáticos: entre otros, C. D. BROAD, Casimir LEWY y John LITTLEWOOD. En Oxford asistí a muchos seminaries y clases, especialmente aquellas de Peter STRAWSON, Arthur PRIOR, Frederick AYER, John MACKIE y Anthony KENNY, a las que seguí asiduamente durante los tres trimestres académicos. Pero mi principal preocupación era el libro que estaba escribiendo con ALCHOURRÓN y tuve numerosas y esclarecedoras discusiones con PRIOR, MACKIE y, por supuesto con H. L. A. HART. Recuerdo especialmente a una de ellas acerca de los permisos y las normas permisivas. En principio, HART, al igual que muchos otros filósofos del derecho, como, por ejemplo, Alf ROSS, era más bien escéptico acerca de las normas permisivas, pero luego de varias reuniones cambió de opinión.

Las discusiones con HART, VON WRIGHT y PRIOR contribuyeron mucho a la elaboración de nuestro libro, que terminamos en 1970. El problema de dónde publicarlo fue resuelto gracias a Mario BUNGE, que nos ofreció su nueva colección llamada *Library of Exact Philosophy,* publicada por Springer (Viena y Nueva York). El paso siguiente fue traducirlo al inglés, lo que fue realizado gracias a la invalorable asistencia de Joan, la esposa de John MACKIE, y así el libro apareció publicado por Springer. En 1975 apareció la versión original en castellano con el más bien oscuro título de *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Astrea, Buenos Aires), que, más tarde, en una nueva edición del 2012, fue cambiado a *Sistemas Normativos*. Durante los años subsiguientes el libro fue traducido al alemán (1994), italiano (2005), ruso (editado dos veces en 2010 y 2013) y portugués. A pesar de sus años, es aún leído y comentado en muchos países.

[4] Cfr. Su autobiografía MITT LIV SOM JAG Minns det, Albert Bonniers Förlag, 2001, 264-269.

(IV)

En diciembre de 1971 fui invitado a Finlandia por el rector de la Universidad de Helsinki (conforme a una propuesta de VON WRIGHT). Llegue en medio de una tormenta de nieve y me sorprendió verlo allí, en el aeropuerto, esperándome. Mi visita a Finlandia fue muy estimulante. Di una conferencia sobre la «Norma Básica» en la Universidad de Helsinki y me reuní en diferentes ocasiones con algunos importantes filósofos como, por ejemplo, Jaakko HINTIKKA, Eric STENIUS y Aulis AARNIO. Pero lo más importante para mí fue encontrarme con la familia de VON WRIGHT: su esposa Elisabeth y su hijo Benedict. Más tarde tuve ocasión de conocer al resto: su hija Anita y su esposo Tom GRÖNBERG, a sus hijas Johanna y Helena, al igual que a la mujer de Benedict, Tytii, y su hija Naivasha.

En 1975 asistí a un coloquio sobre «Lógica deóntica y semántica», en la Universidad de Bielefeld, Alemania, que fue organizado por VON WRIGHT y Amedeo CONTE. Presenté un artículo titulado «Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit der Normenordnungen»[5]. Aunque el trabajo fue escrito por mí, el mismo era el resultado de una investigación conjunta con Carlos acerca del concepto de derogación, un concepto ampliamente conocido por los juristas y abogados, pero olvidado por los filósofos del derecho y los lógicos deónticos. VON WRIGHT consideró a este trabajo como «la más significativa y original contribución de ALCHOURRÓN y BULYGIN a la teoría de las normas»[6] y también añadió que en esa ocasión, él se dio cuenta por primera vez que el tratamiento lógico del problema de la derogación mostraba que la lógica deóntica podría resultar útil no solo para los lógicos sino también para la teoría jurídica[7].

En 1982, Carlos y yo asistimos al Congreso Mundial de la IVR, realizado en Helsinki[8]. Fue una notable reunión: VON WRIGHT dictó la conferencia inaugural sobre «Ser y deber ser» y Aulis Aarnio fue elegido presidente de la IVR. Durante el congreso, me hospedé en el apartamento de Georg Henrik en Helsinki y tras del congreso, él y Elizabeth me invitaron a su villa en Valö, ubicada en un hermoso lugar de una pequeña isla del archipiélago de Finlandia. Disfruté mucho los días que pasé en ese tranquilo lugar: excursiones en lancha por el archipiélago, caminatas por los bosques cercanos, recolección de setas (bajo la estricta supervisión de Elizabeth, quien impiadosamente rechazó algunos de mis más hermosos hallazgos, declarándolos venenosos) y discusiones con Georg Henrik. En los años siguientes estuve muchas veces en Valö, disfrutando de la hospitalidad de Elizabeth y Georg Henrik, al igual que de los hermosos entornos.

---

[5] «Incompletitud, inconsistencia e indeterminación de sistemas normativos». Este artículo fue publicado en alemán en A. CONTE, R. HILPINEN y G. Henrik VON WRIGHT (eds.), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden, Athenaion, 1977, y en italiano por G. DI BERNARDO, *Logica deontica e semantica*, Bologna, 1977.

[6] G. H. VON WRIGHT, «*Epilogue* to the *Festschrift* for Alchourrón and Bulygin» en E. GARZÓN VALDÉS, W. KRAWIETZ, G. Henrik VON WRIGHT y R. ZIMMERLING (eds.), *Normative Systems in Moral and Legal Theory,* Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 509-512.

[7] *Vid. Doxa* núm. 1, 1984, 265-267.

[8] International Association for Legal and Social Philosophy.

En los años posteriores nos encontramos en muchas ocasiones en diferentes lugares: Roma, Venecia, Florencia, Palermo, Helsinki (o más bien, Helsingfors, como él llamaba a su ciudad, porque ellos pertenecían a la minoría lingüística sueca), Cambridge, Münster, Bonn, Bielefeld. Pero también en Argentina; ya que Georg Henrik y Elizabeth visitaron dos veces este país. Especialmente importante fue la visita en 1987, cuando viajaron a Buenos aires, Salta y Córdoba. En esa ocasión, VON WRIGHT recibió el grado de *doctor Honoris Causa* en las Universidades de Buenos aires y Salta y participó en el Congreso Internacional extraordinario de filosofía en Córdoba (organizado por FISP)[9], donde dio una conferencia memorable en castellano, sobre *Ciencia y Razón*, recibiendo una ovación por parte principalmente de los estudiantes[10]. Este congreso reunió a un buen número de filósofos de diferentes países, como por ejemplo, Robert ALEXY, Donald DAVIDSON, Dagfinn FÖLLESDAHL, Stig KANGER, Francisco MIRÓ QUESADA, Ernesto SOSA, y el destacado lógico brasileño Newton DA COSTA, entre otros. Tuvimos un encuentro muy estimulante con Georg Henrik y Newton DA COSTA, discutiendo sobre las T-lógicas de VON WRIGHT.

Durante los años ochenta nos encontramos en los tres congresos de «Lógica, Informática, Derecho», organizados por Antonio MARTINO, director del Instituto para la Informática en Florencia. Recuerdo especialmente un largo viaje de Florencia a Palermo, tras del segundo congreso (1985). Georg Henrik, Carlos, Elizabeth y yo fuimos en coche, deteniéndonos en muchos lugares, visitando ciudades, iglesias y monasterios (como, por ejemplo, Sant'Antimo, cerca de Montalcino, un edificio románico del siglo XII maravilloso, con unas paredes de transparente alabastro) y nos quedamos tres días en la hermosa y pequeña ciudad de Ravello. En Palermo asistimos a la reunión anual del *Institut International de Philosophie*. Carlos y yo habíamos sido elegidos recientemente como miembros del Instituto, conforme a una propuesta de VON WRIGHT. Numerosos participantes presentaron sus trabajos y fueron intensamente discutidos. No solo los trabajos de QUINE y VON WRIGHT, sino también los de Max BLACK, Jaakko HINTIKKA, Ruth BARCAN MARCUS y Francisco MIRÓ QUESADA fueron muy atractivos.

(V)

Las discusiones con Georg Henrik fueron mucho más importantes que las conferencias en los congresos y las visitas a diferentes lugares. En esas ocasiones, cada noche nos sentábamos en algún bar o pequeño café y Georg Henrik, bebiendo a sorbos su *Fernet Branca,* analizaba algún problema filosófico. Lo hacía de una manera especial. Escuchaba atentamente lo que otros decían acerca de un cierto tópico y luego replicaba en voz baja, dando sus argumentos. Mi memoria (o, mejor, mi falta de ella) no me permite reproducir los diálogos, pero afortunadamente entre muchas cartas de VON WRIGHT (tengo dos grandes carpetas repletas de ellas) hay algunas sobre problemas filosóficos. Casi todas nuestras cartas están escritas en alemán, pero hay algunas que Georg Henrik escribió en inglés para que Carlos ALCHOURRÓN pudiera leerlas y parti-

[9] International Federation of Philosophical Societies.

[10] Antes de la conferencia, pasamos varios días en Santa Catalina, donde G. Henrik pudo practicar la versión en castellano de su trabajo.

cipase en la discusión. Haré algunas citas más bien extensas de esas cartas para ilustrar nuestras discusiones.

En una carta fechada en octubre de 1979, Georg Henrik escribe:

«Lieber Eugenio [...] Ich habe in den letzten Wochen viel über Norm- und Handlungslogik weitergedacht, im Anschluss an unseren Diskussionen in Argentina. Einige Seiten im Aufsatz für die Hilpinen-Anthologie habe ich korrigiert. Ich schicke Dir hier Kopien. (Meistens handelt es sich um Unbedeutendes.) Weil das Folgende vielleicht auch für Carlos von Interesse sein kann, so schreibe ich den Rest des Briefes auf English»[11].

Comentarios sobre algunos puntos de nuestras recientes discusiones:

1. La definición del predicado «permitido». Lo he definido de manera tal que una acción individual está permitida solo si no cae en *ninguna* categoría de acciones prohibidas y se encuentra en *alguna* categoría de acciones permitidas. ¿Por qué no decir simplemente que está permitida si y solo si cae en una categoría permitida? Entonces podría ocurrir que una misma acción individual fuese tanto permitida como prohibida —al igual que, en mi opinión, una misma acción individual puede ser obligatoria y prohibida (el caso de Jefté)—. Pero, me parece mejor no cambiar la definición, por la siguiente razón: si una acción individual es a la vez obligatoria y prohibida, entonces es un caso claro de *conflicto* («conflicto de obligaciones»). Si la acción, a su vez, cae bajo una clase prohibida y permitida, entonces me parece más natural decir que su carácter prohibido *prevalece* sobre la permisión. Sin embargo, la decisión parece ser principalmente una «cuestión de gustos». Sobre la cuestión importante estamos de acuerdo, pienso, es decir en que una norma que permite una clase de acción y otra norma que la prohíbe no hay un «contradicción lógica».

2. La cuestión de las normas derivadas (*entailed* norms). He estado pensando bastante sobre esto luego de nuestra discusión en casa de Eugenio y aún mantengo mi posición original. Ello significa que niego la validez lógica del principio de distribución para las obligaciones O(A&B) →OA&OB y la tesis P(A&B) →PA. Si a alguien se le permite entrar a un jardín a través de una cierta puerta, no se le permite entrar al jardín *simpliciter*. Uno tiene el permiso solamente *secundum quid*, es decir, bajo la condición de (o dado que) uno ingrese a través de la puerta.

Sin embargo, dado que cualquier caso de entrar al jardín —en general, dado que (x) ([A&B]x →[A]x— se sigue por mi principio (5) que entrar al jardín no puede ser prohibido y por tanto tiene que ser *permitido en sentido débil*. Pero no creo que eso sea una «verdad lógica» sino un requisito de la «legislación racional».

De manera similar, se sigue de mi principio (6) que si las acciones de la clase A&B son obligatorias, entonces las acciones de la clase A (y de la clase B*) no pueden* ser prohibidas.

Para decirlo de una manera más específica: las relaciones de implicación lógica entre normas son ilusorias. Acerca de esto, parece que ha existido un desacuerdo real entre nosotros —pero espero que podamos llegar a un acuerdo—.

3. También espero que podamos estar de acuerdo en que «hacer algo por hacer algo (más)», por ejemplo entrar a un jardín saltando una verja no es asimilable a los modificadores adverbiales como hacer algo lentamente o de manera reluctante o hacerlo bien. La acción individual de entrar al jardín saltando la verja cae bajo dos acciones genéricas, es decir, es un caso de entrar al jardín y un caso de saltar la verja. Es bastante diferente a, por ejemplo, conducir cuidadosamente. No es hacer dos cosas. No hay una acción genérica

[11] «Querido Eugenio [...] en las últimas semanas he estado pensando bastante acerca de la lógica de normas y las acciones, en conexión con nuestra discusión en Argentina. Algunas páginas de mi *paper* para la antología de HILPINEN han sido corregidas. Les envío copias (principalmente no son muy significativas). Dado que lo siguiente puede ser de interés de Carlos, escribiré el resto de la carta en inglés». Aquí y en la siguiente discusión todos nos referimos al trabajo de VON WRIGHT, «On the Logic of Norms and Actions», publicado posteriormente en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic,* Dordrecht, Boston, London, Reidel, 1981, 3-35.

«actuar cuidadosamente» —pero una acción genérica tal como conducir puede, en un caso individual, ser ejecutada cuidadosamente—.

Una cuestión importante por sí misma es cómo dar cuenta de enunciados de acción que contienen modificadores adverbiales. El problema ha sido bastante discutido en los años recientes —por KENNY, DAVIDSON, TOUMELA y otros—. Pero no estoy al tanto de alguna discusión del problema en contextos normativos (el ejemplo de Eugenio de estar permitido el conducir cuidadosamente). El problema podría ser interesante.

4. Un problema que me continúa preocupando concierne a la definición de las acciones individuales obligatorias. Sin embargo, el ejemplo de Orayen, en la última discusión en SADAF, no era, después de todo un buen ejemplo (si es que lo recuerdo correctamente). Un conductor llega a una intersección y ha de girar hacia la derecho o la izquierda. Él es consciente de la obligación y gira a la derecha. ¿Fue obligatorio eso que hizo? La acción de girar a la derecha *no* es obligatoria, pero la acción de girar hacia la derecho o la izquierda *es* obligatoria y, al girar a la derecha y no girar a la izquierda, el conductor ejecutó una acción individual que (también) cae bajo el carácter obligatorio de «girar a la derecha o la izquierda». *Aquí* no veo dificultad alguna.

Pero estoy preocupado por el caso en que la acción también constituye la omisión de algo. El caso del individuo que entra al jardín a través de la puerta y no salta la verja que tiene prohibido saltar. ¿Fue su *acción* obligatoria? Uno desearía decir NO. Lo obligatorio era su *omisión* de saltar la verja. Hasta aquí está todo bien. Pero si se puede decir de su *acción* que ella carecía de la propiedad de ser un salto de la verja y si la *carencia* de una propiedad prohibida convierte a la acción en obligatoria, entonces su acción entrar por la puerta fue obligatoria. Pero claramente no fue obligatoria —a pesar de que en un sentido fue «conforme al deber»—. Algo va mal aquí.

Si una acción individual tiene una propiedad que es tal que si la careciese sería entonces una acción prohibida, entonces la acción fue obligatoria. Esto, ciertamente, está bien. Pero si una acción individual carece de una propiedad que es tal que, si la hubiese tenido, hubiese sido una acción prohibida, entonces la acción *no* es (no es por eso convertida en) obligatoria. ¿Por qué esta asimetría? El problema es cómo la carencia de una propiedad de la acción se relación con el hecho de *constituir una omisión*.

Cualquier comentario tuyo o de Carlos me interesaría enormemente. Solo puedo esperar que no sean tan devastadores que tenga que retirar la publicación de mi trabajo de la antología de HILPINEN.

* * *

La carta de Georg Henrik llega hasta aquí. Carlos y yo enviamos nuestros comentarios, pero desafortunadamente la respuesta de ALCHOURRÓN se ha perdido, o, al menos, he sido incapaz de encontrarla. Por ello, solo transcribiré mi réplica a VON WRIGHT.

Comentarios sobre los comentarios a nuestras discusiones:

I. Para clarificar el tema y seleccionar los problemas sobre los que estamos en desacuerdo sería aconsejable hacer algunas distinciones preliminares:

1. Hay tres tipos de enunciados normativos (*normative sentences*):

a) Enunciados normativos que expresan normas (formulaciones normativas, p. 48)[12]: para evitar ambigüedades (que tú pareces ansioso por mantener), usaré los símbolos !A y !~A para ordenes y prohibiciones, respectivamente. Para normas permisivas propongo usar *A.

[12] Aparentemente esos números de páginas corresponden al artículo de VON WRIGHT, pero no coinciden con la versión impresa.

b) Enunciados normativos que expresan proposiciones normativas: **O**A, **F**A, **P**A.
c) Enunciados normativos que expresan *predicaciones deónticas*: Ox, Fx, Px.

2. Estamos de acuerdo [aunque tú pareces no estar consciente de ello —cfr. tu énfasis (punto 2 de tu carta) acerca de las normas derivadas—] en que no hay lógica de normas, es decir, no hay relaciones lógica entre expresiones del tipo !A; por ello no hay normas implicadas o derivadas (o más bien, al revés: porque no hay normas derives es que no hay lógica de normas).

Sobre este punto hay un cambio significativo en nuestras posiciones (tal como manifestamos en nuestro artículo para el volumen de SCHILPP). Está explicada en detalle en «La concepción expresiva de las normas» y tú no la has objetado. Así que aquí todo es *pax et concordia*.

3. Hay una lógica de proposiciones normativas o de operadores deónticos como O, F y P (por brevedad, LDO). Claramente la verdad de las proposiciones normativas depende de la existencia de normas. Si hay una norma !A, entonces OA es verdadera (la conversa no necesariamente se mantiene: OA podría ser verdadera aun si no hay tal norma como !A —en el sentido de haber sido prescripta por una autoridad—. Sobre este punto, pienso, también hay acuerdo).

4. Hay también una lógica de la predicación deóntica (LDP), pero tal lógica (a) sería diferente de LDO y (b) dependiente de LDO (como tú dices: «...tenemos que considerar los predicados deónticos como secundarios respecto a los operadores deónticos». P. 48), pero *no viceversa*: LDO es independiente de LPD.

Este punto es muy importante: lo que dices en la p. 48 parece confirmarlo, pero como veremos ahora, no siempre te mantienes consecuente con esa idea.

II. En el capítulo III tartas de desarrollar una LDO; nosotros hicimos prácticamente lo mismo en nuestro trabajo sobre la Concepción Expresiva. Pero los resultados son diferentes. Aquí debe haber algún desacuerdo sustancias. ¿Cuál es?

1. No trataré de elucidar tal desacuerdo (si es que hay alguno). Tal vez Carlos lo haga (por cierto, estamos escribiendo de manera independiente, así que puede haber algún solapamiento). Lo que haré, por el contrario, es destacar lo que considero un error metodológico general en tu argumento. Si ese error es admitido, entonces, tal vez, no haya desacuerdo en absoluto, o al menos, se podrá ver con más claridad. Si no hay tal error (lo que es muy probable), entonces todo lo que sigue es un puro sin sentido.

2. Tú aceptas el Principio de Equivalencia Deóntica (p. 49), pero rechazas el principio más fuerte (que nosotros aceptamos) de la Obligación Derivada, según el cual las consecuencias lógicas de acciones (genéricas) obligatorias son obligatorias. (A pesar de que no hay normas derivadas, hay proposiciones normativas derivadas o implicadas).

En particular, rechazas las fórmulas P(A&B)→PA y O(A&B) →OA&OB (p. 53, punto 2 de tu carta).

Veamos el argumento que utilizas para ese rechazo:

El hecho de que una acción individual con las dos características sea permitida no es una garantía de que una acción individual que solo tiene una de ellas sea permitida (p. 53).

Esto es perfectamente verdadero, pero irrelevante para la discusión. Nosotros no estamos interesados en acciones individuales sino con acciones genéricas; lo que la fórmula dice es: si la acción genérica A&B está permitida, entonces la acción genérica A está permitida. Esto no significa que todas las acciones individuales que caen bajo la categoría A también están permitidas (cfr. p. 51: «Del hecho de que las acciones de un cierto tipo sean permitidas no se sigue que todas las acciones individuales de ese tipo sean acciones permitidas»).

Supóngase que hay una norma que permite A (*A); por tanto PA es verdadero. ¿Significa esto que todas las acciones individuales con la característica A están permitidas? Ciertamente no. La normas que permite entrar al jardín *simpliciter*, puede coexistir con la norma que prohíbe saltar verjas, *simpliciter*. En el caso de la acción individual de entrar al

jardín saltando una verja se trata de una acción individual tanto permitida como prohibida y de allí, conforme a tu definición del predicado «permitido», está prohibida. Pero si la permisión de una acción genérica es compatible con la prohibición de una acción individual del correspondiente tipo, entonces tu argumento de la p. 53 es irrelevante.

3. El mismo argumento es aplicable a la fórmula O(A&B) →OA&OB. Aquí, nuevamente, el recurso a las acciones individuales es irrelevante. Si uno tiene una obligación de entrar al jardín a través de una cierta puerta, entonces uno también tiene una obligación de entrar al jardín *simpliciter*. Pero la obligación de entrar al jardín no excluye la posibilidad de que la acción individual de entrar al jardín pueda ser tanto obligatoria como prohibida. Esto depende de otras normas y por ello también de la obligatoriedad o prohibición de otras acciones genéricas.

4. En general, no se puede decidir si una acción individual de una cierta clase es permitida, prohibida u obligatoria sobre la base únicamente de las calificaciones deónticas de una cierta clase (acciones genéricas). De allí que tu argumento en favor de los principios lógicos de LDO sobre la base de consideraciones referidas a las acciones individuales es radicalmente equivocado. Desafortunadamente, esta clase de errores se repite frecuentemente (*e. g.,* pp. 50-57).

5. En p. 57 dices:

Los hechos sobre los que he basado mis argumentos para aceptar y para no aceptar ciertos enunciados acerca de la relación entre normas (¿no sería mejor hablar de proposiciones normativas?) son verdades lógicas. Ellos son derivados de la definición de predicados deónticos con la ayuda de los principios de la lógica de la predicación.

Esto es exactamente lo que me parece objetable. Los principios de LDO son independientes de LDP y por ello no pueden ser derivados de las definiciones de DP y LP.

Mi hipótesis es ahora que nuestros desacuerdos acerca del principio de LDO se deben principalmente al modo equivocado que empleas para justificarlos. Si logramos acuerdo en este punto, entonces tal vez no hay desacuerdo en absoluto, o al menos, considerablemente menos desacuerdos sobre los principios de LDO.

III. Ahora comentaré directamente los temas que surgen en tu carta:

Ad1. Todo el problema de las acciones individuales y sus predicados deónticos, para mí, está bastante poco claro. Ni siquiera estoy seguro de que hay algo así como LDP y cuáles deberían ser sus principios. Pero hay un punto importante del que no fui consciente durante nuestra discusión, viz. Que tu definición de «permitido» se aplica solo a las acciones individuales. Estaré perfectamente feliz si admites —como parece hacer— que puede haber normas que permiten y prohíben la misma acción genérica. Pero aún así, no estoy muy feliz con tu definición del predicado «permitido». Tal vez haya que distinguir dos casos:

Caso 1: hay una norma permitiendo A y una norma permitiendo B, así PA y FB son verdaderas. Una acción individual [A&B]x sería «naturalmente» considerada como prohibida.

Caso 2: hay una norma permitiendo A y una norma prohibiendo A; así PA y FA son verdaderas. ¿Qué diríamos de la acción individual [A]x? Esto, pienso, dependería de cómo resolvamos el conflicto entre ambas normas. Si la norma que permite A ha sido promulgada por una autoridad superior, entonces [A]x sería considerada como permitida, a pesar de la otra norma. Así que no parece haber un método directo para decidir el caso: primero debe resolverse el conflicto de normas (mediante derogación o imponiendo un orden). Pero, en tanto que el conflicto no es resuelto, la acción individual es tanto permitida como prohibida.

* * *

Georg Henrik no aceptó mis críticas, pero expresó algunas dudas sobre sus ideas de construir la lógica deóntica sobre la base de la predicación deóntica, *i. e.* sobre enunciados que señalan que las acciones individuales tienen la propiedad de ser obligatorias, prohibidas o permitidas. El trasfondo de nuestras discusiones fueron los dos

artículos ya mencionados: su «On the Logic of Norm and Action» y nuestro «The Expressive Conception of Norms». Ambos trabajos fueron posteriormente publicados en la antología de Hilpinen, pero ya eran conocidos por los tres participantes de la discusión.

Como he enfatizado en la carta que he transcripto, en la nueva concepción de VON WRIGHT sobre la lógica deóntica aparecen tras clases de expresiones normativas: *a)* formulaciones normativas que expresan normas, *i. e.,* órdenes, prohibiciones y permisos; *b)* proposiciones normativas que establecen que ciertas acciones genéricas son obligatorias, prohibidas o permitidas, y *c)* predicaciones normativas, que establecen que una acción individual es obligatoria, prohibida o permitida. Mientras que en «The Expressive Conception» hay solo dos clases de expresiones normativas: normas y proposiciones normativas. Las normas son concebidas como prescripciones de acciones genéricas como obligatorias, prohibidas o permitidas. Ciertamente no ignorábamos la diferencia entre acciones individuales y genéricas (acerca de la distinción entre casos individuales y genéricos y soluciones individuales y genéricas, véase *Normative Systems*, pp. 35 y 153-154). Pero dado que los caracteres deónticos de las acciones individuales dependen exclusivamente de las calificaciones de las acciones genéricas nos parecía que la predicación deóntica de las acciones individuales carece de interés autónomo.

Esos dos diferentes enfoques conducen a algunos problemas. VON WRIGHT admite que una acción individual puede ser obligatoria y permitida si cae bajo dos acciones genéricas, una de la cual es obligatoria y la otra es prohibida. Llama a ello «conflicto de obligaciones». Pero si una acción individual cae bajo la prohibición y la permisión de una acción genérica, entonces por su definición de permisión, prevalece el carácter prohibido sobre la permisión. ¿Por qué? Esas situaciones han sido analizadas en «The Expressive Conception» bajo el título de conflictos de ambivalencia y aun no veo por qué una prohibición debe prevalecer sobre la permisión[13].

En abril de 1996 tuvo lugar un coloquio Internacional en la Universidad de Bielefeld, organizado por Georg MEGGLE, quien también editó el correspondiente volumen[14]. En el artículo de VON WRIGHT, «Value, Norm, and Action in my Philosophical Writings», encontramos la siguiente afirmación:

> Los primeros en ver claramente la necesidad de distinguir entre una lógica de proposiciones normativas y una lógica de normas (una lógica deóntica «real»), pienso, fuero Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, co-autores del clásico *Normative Systems*. Unos pocos años antes de la publicación del libro, ALCHOURRÓN hizo su primer intento de construir una lógica de proposiciones normativas —o como él la llamaba una «lógica normativa»— en contraposición a la lógica de normas. Es un *gran* mérito de los autores haber comprendido esta *doble* tarea del estudio lógico de las normas. He tardado casi treinta años en ver su completa significación. Y no todos los lógicos y filósofos la han comprendido ni tan siquiera ahora.

Sería un tanto presuntuoso conjeturar que nuestras discusiones de finales de 1979 y 1980 —que claramente caen en el período de los treinta años mencionados por VON

[13] «The Expressive Conception of Norms», 106-108.

[14] G. MEGGLE (ed.), *Actions. Norms, Values, Discussions with Georg Henrik von Wright,* Berlin, De Gruyter, 1999.

WRIGHT— podría haber influenciado el cambio en su concepción de la lógica deóntica. Pero es innegable que hubo un cambio en el sentido que desde la publicación de su artículo de 1981, nunca retomo la idea de la predicación deóntica. En su extenso e importante artículo «Norms, Truth and Logic»[15], la lógica deóntica se basa en principios de una legislación racional. Tales principios fueron vistos en primer término como «causi-lógicos», pero finalmente VON WRIGHT acepto que las leyes basadas en la noción de ejecutabilidad (*doability*) eran leyes lógicas. Este punto es claramente reafirmado en su artículo «¿Hay una lógica de normas?»[16] y en el trabajo publicado en el volumen de MEGGLE. Las nociones de consistencia y contradicción entre normas son allí analizadas sobre la base de consideraciones semánticas[17].

(VI)

No solo discutíamos filosofía. Algunas veces también conversábamos sobre literatura. Georg Henrik hablaba con fluidez numerosos idiomas: sueco, alemán, inglés y finlandés. También tenía un buen conocimiento de francés, italiano y ruso. Su conocimiento de literatura era sorprendente. Sus favoritos, dejando aparte a GOETHE y SCHILLER, eran Thomas MANN y MUSIL. En una carta que me envió en los setenta me decía que había comenzado a aprender ruso para ser capaz de leer a los autores rusos. Para mi sorpresa, en un par de años ya estaba leyendo a TOLSTOY, DOSTOYEVSKY y BULGAKOV, cuyo *El Maestro y Margarita*, era para él una de las grandes novelas del siglo veinte. Georg Henrik publicó en sueco dos ensayos sobre TOLSTOY y DOSTOYEVSKY, que fueron luego traducidos al inglés y al ruso[18]. Ambos ensayos son un ejemplo de lo mejor que se ha escrito acerca de las ideas filosóficas y religiosas de esos grandes pensadores.

En algún momento (no recuerdo exactamente cuándo), en alguna reunión filosófica (no recuerdo dónde), alguien (no recuerdo quién) me dio un paquete que enviaba Georg Henrik: contenía una copia de su último libro *Six Essays in Philosophical Logic*, con una dedicatoria:

To
Carlos Alchourrón (†)
and
Eugenio Bulygin
friends and companions
in an intellectual adventure *

Esta ha sido, con mucha diferencia, la más importante distinción que he recibido en mi vida académica. El único punto lamentable de ella fue el hecho de que Carlos (quien murió en 1996) no llegase a verla.

---

[15] En G. H. VON WRIGHT, *Practical Reason*, vol. I of *Philosophical Papers,* Oxford, Basil Blackwell, 1983.

[16] G. Henrik VON WRIGHT, *Six Essays in Philosophical Logic*, *Acta Philosophica Fennica*, vol. 60, 1966.

[17] «Value, Norm, and Action in My Philosophical Writings», 21.

[18] G. H. VON WRIGHT, *Tanke och förkunnelse*, 1955, Т*ри мыслителя (Three thinkers)*, Saint Petersburg, 2000.

* *Nota del traductor:* A Carlos Alchourrón (†) y Eugenio Bulygin. Amigos y compañeros en una aventura intelectual.

(VII)

Georg Henrik VON WRIGHT murió en Helsinki el 16 de Junio del 2003, a la edad de 87 años. Su muerte puso punto final a nuestras cartas, conversaciones y discusiones, pero no al estudio de su obra ni al contacto telefónico, electrónico o personal con Elizabeth y el resto de la familia.

En 2004 tuve el privilegio de participar en el simposio *In Memoriam Georg Henrik von Wright*, realizado en el Aula Magna de la Universidad de Helsinki y organizado por la Sociedad Filosófica de Finlandia, de la cual fue presidente durante muchos años. 11 contribuciones de reconocidos filósofos y amigos de VON WRIGHT fueron publicados en esa ocasión para un volumen especial[19].

Antes del simposio, fuimos con Elizabeth y Anita a Valö. Fue una experiencia más bien triste, debido a la ausencia de Georg Henrik. Cada detalle del lugar recordaba a Georg Henrik, pero él ya no estaba allí.

En 2007 fui invitado a la celebración del 90 cumpleaños de Elizabeth, en la hermosa casa de Anita, en Ollas, cerca de Helsinki. Elizabeth estaba, como siempre, espléndida, alegre e ingeniosa, e incluso bailó en aquella ocasión. Estuve con ellos tres días maravillosos: sentí que era un miembro de la familia y aun me considero como tal. Espero que esa no sea mi última visita a Finlandia, un país al que aprecio enormemente.

Poco tiempo después, Elizabeth también dejó este mundo. Fue una mujer maravillosa: una belleza célebre en su juventud y me inclino a sostener que era aún más bella cuando la conocí en la década de los setenta y que conservó su encanto hasta el final. Excepcionalmente inteligente e ingeniosa, ella fue una compañera perfecta para Georg Henrik.

(VIII)

Georg Henrik VON WRIGHT fue un gran lógico y filósofo. Puede ser considerado como uno de los fundadores de la lógica filosófica[20]. Sus escritos sobre lógica deóntica, al igual que sobre la lógica del cambio, la acción, el tiempo, la preferencia y, finalmente aunque no por ello menos importante, sobre la lógica de la verdad (T-lógicas) son de fundamental importancia. Él también escribió libros y artículos sobre muchos otros problemas filosóficos, tales como la inducción, probabilidad, libertad y determinismo, valores, y en todos esos tópicos hizo contribuciones perdurables.

Sin embargo, VON WRIGHT no escribió solo libros y artículos para filósofos. Estaba profundamente preocupado por cuestiones concernientes a nuestra situación en el mundo, por las condiciones políticas, económicas y sociales de nuestra vida. Publicó artículos en periódicos y revistas, principalmente en sueco, sobre tópicos tales como el

---

[19] I. NIINILUOTO y R. VILKKO (eds.), *Philosophical Essays in Memoriam Georg Henrik von Wright,* Acta Philosophica Fennica, vol. 77, 2005.

[20] J. HINTIKKA, «G. H. von Wright on Logic, Philosophy and Mathematics», en I. NIINILUOTO y R. VILKKO (eds.), *Philosophical Essays in Memoriam Georg Henrik von Wright,* Helsinki, 2005, 33-43.

consumismo materialista que conduce al agotamiento de los recursos naturales, la carga del medio ambiente por acumulación de residuos, los peligros de la energía atómica, las guerras, la tortura y esos artículos fueron muy influyentes no solo en Finlandia y los otros países escandinavos. Algunos de esos trabajos han sido recogidos en sus libros[21].

No trataré de dar una idea de sus logros filosóficos. Al escribir estas líneas, mi propósito fue mucho más modesto: intenté transmitir al lector mis recuerdos de una gran personalidad. Pero tengo la triste impresión de un fracaso: no puedo organizar esas memorias para transmitir un retrato convincente, tal vez porque estoy acostumbrado a escribir sobre ideas y no acerca de personas. Como una excusa para este fracaso solo puedo decir que estos son *mis* recuerdos de Georg Henrik VON WRIGHT, no su biografía ni una evaluación de su filosofía.

Me gustaría concluir este artículo con un puñado de frases tomadas de un trabajo que escribí hace ya más de diez años[22]:

> Durante más de treinta y cinco años nos reunimos frecuentemente con Georg Henrik VON WRIGHT y Elizabeth VON WRIGHT. Cada uno de esos encuentros fue para mí un verdadero «*Erlebnis*». El aspecto más importante de estas reuniones era la personalidad de Georg Henrik, al que caracterizaría mediante dos palabras alemanas, tomadas de Thomas MANN: *«Persönlichkeit»* y *«mähnschlich»*. Él fue una extraordinaria *«Persönlichkeit»,* altamente inteligente, increíblemente modesto y profundamente amable. Y él fue profundamente *«mähnschlich»* en el sentido con que esa palabra es usada con la peculiar entonación de Clawdia CHAUCHAT, la heroína de *Zauberberg*. La amistad con Georg Henrik y Elizabeth VON WRIGHT forma parte de las experiencias más valiosas de mi vida.

[21] *The Tree of Knowledge and other Essays*, Lyden-New York-Köln, E. J. Brill, 1993.
[22] E. BULYGIN, «G. H. von Wright and the Philosophy of Law», *in the book quoted in* FN 21, 51-58.

LAS ACCIONES COMO TRANSFORMACIONES DE ESTADO EN G. H. VON WRIGHT *

Risto Hilpinen

Universidad de Miami

RESUMEN. G. H. VON WRIGHT desarrolló, en varias publicaciones, lógicas deónticas de la acción en las que analizó las acciones como transformaciones del estado del mundo. Este trabajo es una discusión del modelo de transformación de estado de VON WRIGHT y las variantes desarrolladas por otros filósofos.

Palabras clave: acción, lógica deóntica, transformación de estado, G. H. VON WRIGHT.

Georg Henrik von Wright on Actions as State Transformations

ABSTRACT. G. H. VON WRIGHT developed in several publications deontic logics of action in which he analyzed actions as world-state transformations. This paper is a discussion of VON WRIGHT's state transformation model and its variants developed by other philosophers.

Keywords: action, deontic logic, state transformation, G. H. VON WRIGHT.

* Fecha de recepción: 22 de mayo de 2016. Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2016.
Traducción de Daniel GONZÁLEZ LAGIER.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.04

(I)

El enunciado deóntico

(1) Alguien debe abrir la puerta [*Someone ought to open the door*]

es ambiguo de una manera bien conocida; puede ser interpretado como expresando, de una manera un tanto artificial,

(1.1) Hay una persona que debe abrir la puerta [*Someone is such that they ought to open the door*]

o

(1.2) Debe ser que alguien abra la puerta

Los lógicos medievales llamaron a (1.1) el sentido dividido y a (1.2) el sentido compuesto del enunciado modal (1) (William HEYTESBURY, c. 1335/1988: 413-418). En el primero, el cuantificador «alguien» tiene un alcance amplio; en (1.2) es el modalizador deóntico «debe» el que tiene un alcance amplio. (1.1) y (1.2) ilustran la distinción familiar entre deber-hacer y deber-ser (*Tunsollen* versus *Seinsollen*) (VON WRIGHT, 1996: 63); de acuerdo con (1.1), hay una persona que debe hacer algo, concretamente, abrir la puerta; mientras que (1.2) dice que debe ser que haya tal persona (que tal persona debe existir). Más o menos, (1.1) expresa una proposición de deber personal, un requerimiento o directiva para un agente particular (sin identificarlo), pero (1.2) es un enunciado de deber impersonal. Estas distinciones no coinciden necesariamente. Por ejemplo, la proposición deóntica

(2) Alguien debe tener la llave [*Someone ought to have the key*],

entendida en el sentido dividido,

(2.1) Hay una persona que debe tener la llave [*Someone is such that they ought to have the key*],

no parece ser una proposición de deber hacer. (2.1) puede interpretarse como un requerimiento personal, un requerimiento a la persona que se espera que tenga la llave, pero tener algo es un estado de una persona o un agente, no una acción. Por otra parte, si asumimos que (2.1) puede ser parafraseado como

(2.2) Alguien debe haber procurado que ellos tengan la llave [*Someone ought to have seen to it that they have the key*],

puede ser considerado una proposición *Tunsollen*, porque procurar que algo sea el caso puede ser considerado una acción o tratado como si fuera una acción. En (1968: 16) VON WRIGHT sugiere esta manera de leer enunciados deónticos acerca del estatus normativo de estados de cosas. Una fórmula deóntica *Pp*, en la que *p* es una proposición que describe un estado de cosas, puede leerse «está permitido procurar que (sea el caso que) *p*» o «se puede procurar *p*» . VON WRIGHT añade:

> Debe señalarse, sin embargo, que esta lectura, aunque conveniente y natural, es algo restrictiva, puesto que solo se aplica a normas que son reglas de acción (1968: 16).

De esta manera, una oración que parece expresar un mandato de deber-ser puede, en ocasiones, ser interpretado como una norma de deber-hacer, una norma de acción.

(II)

En su primera publicación sobre lógica deóntica, *Deontic Logic* (1951), G. H. VON WRIGHT trató a los conceptos deónticos como modalidades de acción y antepuso los operadores deónticos a expresiones de actos-tipo (en la terminología de VON WRIGHT, «nombres de acción»). De esta manera, la lógica en cuestión fue una lógica del deber-hacer, más que una lógica del deber-ser. Una formula deóntica simple, *PA*, donde *P* representa el concepto de permisión (permisibilidad, posibilidad deóntica), y *A* representa un término de acción genérica (un predicado de acción), establece que la acción *A* está permitida; puede representar, por ejemplo, la proposición de que está permitido abrir la puerta. Un enunciado simple de deber, *OA*, establece que *A* es obligatorio o debe ser realizado.

En posteriores publicaciones (1963; 1968; 1983) VON WRIGHT desarrolla «lógicas deónticas de la acción» (1968: 58) en las que analiza a las acciones como transformaciones del estado del mundo. Señala que las acciones (actos) generalmente implican cambios en el mundo: «Muchos actos pueden [...] ser descritos como producir o efectuar ("a voluntad") un cambio. Actuar, en ese sentido, es interferir en el curso de la naturaleza» (1963: 36). Por ello, «a cada acto [...] le corresponde un cambio o suceso en el mundo». En este contexto, VON WRIGHT interpreta las palabras «cambio» y «suceso» en un sentido amplio, que engloba tanto cambios (sucesos) como no-cambios (no-sucesos) (1963: 39). Esto implica que el cambio asociado a un acto no es necesariamente un cambio real, sino que puede ser simplemente potencial, esto es, un cambio que podría o debería haber ocurrido si el agente no hubiera interferido con el curso natural de las cosas. Muchos filósofos han adoptado esta concepción de las acciones. Por ejemplo, de acuerdo con Leo APOSTEL (1982: 104) «una acción es una transformación de la naturaleza dirigida a conseguir un propósito», y en su «semántica de los estados de acción» para imperativos C. L. HAMBLIN ha analizado las acciones en términos de sucesivos estados del mundo (HAMBLIN, 1987: 137-140). De acuerdo con Ota WEINBERGER (1985: 311-314), «una acción es una transformación de estados a lo largo del flujo del tiempo (incluyendo la posibilidad de una permanencia —una inactividad—)» causada por un sujeto (un agente), que «tiene a su disposición un rango de acción, esto es, al menos dos estados de cosas que son continuaciones posibles de una trayectoria dada en el sistema de estados».

De acuerdo con la perspectiva de las transformaciones del estado del mundo, una acción involucra un estado inicial que un agente cambia, o que hubiera cambiado si el agente no hubiera interferido con la situación, y un estado final o estado resultado que resulta de su acción. También podemos describir una acción como una transformación de un mundo «en el que se encuentra el estado inicial, o que contiene el estado inicial, en un mundo en el que se encuentra el estado final» (VON WRIGHT, 1963: 28). En este trabajo usaré el término «situación» en lugar de «mundo»; así, se puede decir que una acción transforma una situación inicial en una situación-resultado (situación final). Además, VON WRIGHT incluye una tercera situación, la situación contrafáctica que podría haber resultado de la situación inicial sin la interferencia del agente, es decir, la situación que habría resultado de la pasividad del agente. La contra-situación es necesaria para expresar el «elemento contrafáctico de la acción». De acuerdo con

VON WRIGHT, la descripción de una acción implica un condicional contrafáctico; por ejemplo, decir que alguien abre la puerta implica que sin la interferencia del agente la puerta hubiera permanecido cerrada (VON WRIGHT, 1968: 43-44).

VON WRIGHT distingue entre el estado genérico (el estado de cosas genérico) y los estados individuales (1963: 27). Un estado de cosas genérico, por ejemplo, que la puerta esté abierta, puede conseguirse en alguna situación (en alguna ocasión) y no conseguirse en otra situación. De la misma manera, VON WRIGHT (1963: 23) distingue entre proposiciones genéricas e individuales. Una proposición genérica (por ejemplo, la proposición que la puerta está abierta), describe un estado de cosas genérico (la puerta abierta), y puede ser verdad en algunas situaciones y falso en otras; por tanto, su valor de verdad puede cambiar. A las proposiciones genéricas se les puede llamar «verdades transitorias» (BROGAARD, 2012). Las situaciones individuales (u ocasiones) pueden considerarse «individualizadores» de proposiciones genéricas (VON WRIGHT, 1963: 23), por lo que puede decirse que una proposición individual consiste en una proposición genérica más una situación. Esta distinción se corresponde con la distinción entre un enunciado (tipo) y la proferencia de un enunciado en una situación particular. Por ejemplo, «Sócrates está sentado» y «La puerta está abierta» expresan proposiciones genéricas (en el sentido de VON WRIGHT), y las variables usadas más abajo representan proposiciones genéricas. La proposición (genérica) que Sócrates está sentado es verdadera en algunas situaciones y falsa en otras (aquellas en las que Sócrates no está sentado). Puede decirse que las proposiciones genéricas describen situaciones-tipo.

Caracterizar los actos a partir de tres estados hace posible distinguir 23 = 8 modos de acción distintos respecto de una proposición simple o un estado de cosas p. Estos modos de acción pueden ser definidos como sigue: Tomemos $W = \{u, v, w,...\}$ como un conjunto de posibles situaciones y asumamos que un agente puede en cada situación cambiar el estado del mundo, conservarlo como está o dejar que la naturaleza lo cambie o lo deje igual sin su interferencia; en otras palabras, el agente puede ser activo o pasivo en relación con un determinado estado de cosas (proposición) p. Sea d la función que asigna a cada $u \in W$ la situación que resulta de la acción del agente en u (la situación resultado), y e la función que asigna a cada $u \in W$ la correspondiente contra-situación, esto es, la situación que hubiera resultado de la inactividad del agente o si no hubiera hecho lo que hizo. El valor de verdad de una proposición p en u es denotado por «$V(p, u)$», y «$V(p, u) = 1$» significa que p es verdad en u, abreviado «$u \Vdash p$». Por ejemplo, si $u \Vdash \neg p$, $d(u) \Vdash p$ y $e(u) \Vdash \neg p$, podemos decir que el agente causa que p o produce el estado de cosas p. En este caso p llega a ser verdad como resultado de la actividad del agente; sin la acción del agente p hubiera seguido siendo falso. Si p es falso con $d(u)$ incluso en condiciones similares, podemos decir que el agente omite producir p. La falsedad de p en la situación inicial y en la contra-situación constituye una oportunidad para el agente de producir p. Si $u \Vdash p$, $d(u) \Vdash p$ y $e(u) \Vdash \neg p$, el agente mantiene o conserva el estado de cosas p, y si $u \Vdash p$, $d(u) \Vdash \neg p$ y $e(u) \Vdash p$, puede decirse que el agente destruye el estado de cosas p. Finalmente, si $u \Vdash \neg p$, $d(u) \Vdash \neg p$ y $e(u) \Vdash p$, el agente impide el estado de cosas p. De acuerdo con VON WRIGHT, producir, destruir, conservar e impedir un estado son las cuatro formas básicas de acción, las formas básicas de hacer algo (1996: 68).

Si $V(p, d(u)) \neq V(p, e(u))$, el valor de verdad de p en la situación $d(u)$ depende de la actividad del agente, y puede decirse que el agente es activo con respecto a p; de otra

manera, es pasivo con respecto a *p*. Las acciones-tipo en las que $V(p, d(u)) = V(p, e(u))$ son omisiones; en estos casos el agente permite que algún estado de cosas se produzca, se destruya o se conserve. VON WRIGHT (1983: 171) traza una distinción entre omitir y no realizar una acción: un agente solo puede omitir un acto en una situación en la que tiene una oportunidad de realizar el acto en cuestión; por tanto, la omisión implica la no-realización, pero no al contrario. Sin embargo, en cualquier situación un agente tiene la oportunidad de hacer algo y, consiguientemente, también de omitir algo. Las oportunidades de un agente vienen determinadas por los valores de verdad de *p* en *u* y en *e(u)*; por ejemplo, si $u \Vdash \neg p$ y $e(u) \Vdash \neg p$, el agente tiene una oportunidad de provocar *p* (producir el estado de cosas *p*), y por ello también una oportunidad de omitir esa acción, esto es, de dejar que $\neg p$ permanezca. De esta manera obtenemos las posibilidades de acción presentadas más abajo en la Tabla 1 («*B*» representa el concepto de provocar algo, «*S*» de mantenerlo y «*om*» la omisión).

Tabla 1. Las acciones-tipo básicas según VON WRIGHT

	u	***d(u)***	***e(u)***	**Modo de acción**	**Expresión lógica de la acción**
Acto 1	$\neg p$	p	$\neg p$	Provocar el estado de cosas *p* (producir el estado *p*)	*Bp*
Acto 2	$\neg p$	$\neg p$	$\neg p$	Dejar que continúe no *p*	*omBp*
Acto 3	p	p	$\neg p$	Mantener el estado *p*	*Sp*
Acto 4	p	$\neg p$	$\neg p$	Dejar que llegue a ser no *p*	*omSp*
Acto 5	p	$\neg p$	p	Producir que no *p* (destruir el estado de cosas *p*)	$B\neg$p
Acto 6	p	p	p	Dejar que continúe *p*	*omB*$\neg$p
Acto 7	$\neg p$	$\neg p$	p	Mantener el estado no *p* (impedir el estado *p*)	*S*$\neg$p
Acto 8	$\neg p$	p	p	Dejar que llegue a ser *p*	*omS*$\neg$p

En aras de la brevedad, podemos referirnos a los estados de cosas como si fueran objetos, y decir (por ejemplo) que un agente produce el estado *p*, en lugar de decir que un agente causa que sea el caso que *p*. En esta terminología simplificada, podemos decir que el acto 1 es el acto de producir *p*, el acto 3 es el acto de conservar *p* y el acto 5 es el acto de destruir *p*.

(III)

De acuerdo con VON WRIGHT, los valores de verdad de los enunciados, incluyendo los enunciados de acción, son relativos a las situaciones (o lo que él llama «ocasiones», 1963: 23). La interpretación de un enunciado de acción involucra tres situaciones y estados del mundo: el estado inicial, el estado que resulta de la acción y el

estado contrafáctico, meramente posible, que hubiera resultado de la inactividad del agente. Un enunciado de acción, ¿debería ser evaluado como verdadero o falso de acuerdo con la situación inicial o con la situación resultado? En otras palabras, ¿la acción tiene lugar en la situación inicial o en la situación resultado? Esta es el paralelo en la lógica de la acción del problema filosófico de la determinación del momento y el lugar de una acción, discutido en la filosofía de la acción y en la literatura jurídica (ANSCOMBE, 1963: 41). Nero WOLFE, el detective de ficción de Rex STOUT, comentó (STOUT, 1935-1982: 16):

> El asesinato promedio, yo diría, consume diez o quince segundos, a lo sumo. En el caso de venenos lentos e inventos similares, la muerte, por supuesto, es prolongada, pero el acto de asesinar es normalmente bastante breve.

WOLFE parece creer que un acto de asesinato con veneno tiene lugar en el momento en el que el asesino (por ejemplo) vierte veneno en la bebida de la víctima; el resultado, la muerte de la víctima, que hace de la acción individual un acto de asesinato, puede ocurrir mucho después. El momento del envenenamiento es el momento en el que el asesino interactúa con el mundo externo de una manera que causa posteriormente la muerte de la víctima. De acuerdo con WOLFE, el acto de asesinar consiste en este caso en el hecho de que el asesino vierte el veneno en el vaso de la víctima. En la reciente filosofía de la acción la postura de WOLFE ha sido defendida por Donald DAVIDSON, que ha argüido que las acciones individuales pueden ser identificadas con las acciones básicas, esto es, los movimientos corporales del agente que sean intencionales bajo una descripción (1971-1980: 59):

> Debemos concluir, quizá sorprendentemente, que nuestras acciones básicas, las que no hacemos al hacer algo más, los meros movimientos corporales, son las únicas acciones que hay. Nunca hacemos nada más que mover nuestro cuerpo; el resto lo hace la naturaleza.

Los problemas relativos al momento de la acción pueden tener relevancia práctica. Por ejemplo, en el caso de una explosión de gas en la que murieron personas, la Corte Suprema de Louisiana decidió que el delito de homicidio culposo fue cometido en la fecha de construcción e instalación defectuosa de las tuberías del gas, aunque la explosión y las muertes de las víctimas ocurrieron cuatro años después. Por tanto, el tribunal adoptó la concepción de WOLFE-DAVIDSON del momento en que ocurre una acción. En este caso, la diferencia entre el momento del acto mismo (la construcción de las tuberías) y el resultado (la explosión) fue relevante porque la norma en la que se fundamentó el procesamiento de los acusados entró en vigor después de la construcción, pero antes de la explosión (VOLLRATH, 1975: 331). Si la localización espacial de una acción se determina de la misma manera, deberíamos decir que un asesinato ocurre en el lugar donde el agente (el asesino) actúa (por ejemplo, mueve su mano), y esto podría ser bastante lejos del lugar donde la víctima muere. Como ocurre con el momento de la acción, la determinación del lugar de una acción puede ser jurídicamente relevante, por ejemplo, cuando un tribunal ha de decidir si un determinado acto ha ocurrido dentro de su jurisdicción. En un caso planteado en 1859 por un tribunal de Nueva Jersey, la víctima había muerto en Nueva Jersey a causa de los golpes propinados por el acusado en Nueva York, y el tribunal decidió que el Estado de Nueva Jersey no tenía jurisdicción sobre el caso porque «ningún «acto» del acusado tuvo lugar en Nueva Jersey» (COOK, 1942: 9). Como Nero WOLFE y Donald DAVIDSON, el

tribunal identificó la acción con las «acciones básicas» (movimientos corporales) del agente. Sin embargo, otros tribunales han adoptado concepciones diferentes de este asunto. En un caso en el que el acusado estaba en el lado de Carolina del Norte de la frontera estatal y disparó y mató a una persona que estaba en Tennessee, un tribunal de Carolina del Norte concluyó que «desde un punto de vista jurídico» el acto de matar tuvo lugar en Tennessee, porque «se consumó» en Tennessee (COOK, 1942: 12). Esto tiene sentido en la medida en que el efecto (o el resultado) requerido para la calificación del acto como homicidio tuvo lugar en Tennessee, aunque el asesino apretó el gatillo en Carolina del Norte. «Desde un punto de vista jurídico» el acto de matar no se completó hasta que la víctima murió. En contextos judiciales parece razonable adoptar la tesis de que el lugar de una acción puede ser determinado por los movimientos corporales del actor o por los efectos jurídicamente relevantes del acto (COOK, 1942: 10-12). De acuerdo con esto, la localización de un acto incluye tanto la localización de los movimientos del agente como el lugar donde la acción «tuvo efecto», esto es, donde se materializó el resultado del acto. En la filosofía de la acción, algunos críticos de la concepción de WOLFE y DAVIDSON, han adoptado esta perspectiva y han argüido que la localización temporal de un acto debería incluir el momento en que se «completa» el acto y el momento del suceso o sucesos sobre cuya base es descrito e identificado (THOMSON, 1971: 116-119, 124-129). Esta última concepción es plausible si la acción es considerada como «acción bajo una descripción» o como un *qua-objeto* consistente en una acción individual (llamada la base o el fundamento del *qua-objeto*) junto con una propiedad expresada por un predicado de acción, llamada la periferia del objeto (FINE, 1982: 101-104; ANSCOMBE, 1963; 11-12; 1979: 219). Individualizada como un *qua-objeto,* la acción del asesino de apretar el gatillo de un fusil *qua* disparar y su acción *qua* matar a la víctima no son la misma acción, aunque tengan los mismos movimientos corporales como su fundamento.

En (1983) VON WRIGHT arguye que

(3) $Bp \rightarrow p$,

no es una forma de enunciado válido; hacer que sea el caso que p no implica que p sea verdad, porque

> $Bp \rightarrow p$ diría que si un estado es producido en alguna ocasión entonces ya existe en esa ocasión. Pero eso es lógicamente falso (1983: 195-196).

Esto implica que si los valores de verdad de los enunciados de acción son relativos a situaciones, la situación inicial debería considerarse como el momento de la evaluación. Un agente puede producir que p solo si p es falso en la situación inicial. De acuerdo con esto, deberíamos definir (por ejemplo) la verdad de Bp (el agente produce p) como sigue:

(ABvW) $u \Vdash Bp$ si y solo si (i) $u \Vdash \neg p$, (ii) $d(u) \Vdash p$, y (iii) $e(u) \Vdash \neg p$.

(La referencia explícita al agente puede omitirse cuando se consideran las acciones de un agente simple). Un agente puede producir que sea el caso que p solo en una situación en la que p es falso, y continuaría siendo falso si el agente no lo hiciera verdadero. De acuerdo con *(ABvW)*, (3) es lógicamente falso, pero el siguiente enunciado es lógicamente verdadero:

(4) $Bp \rightarrow \neg p$.

Algunos teóricos de la acción han escogido, en cambio, considerar esta fórmula como lógicamente falsa y (3), la fórmula rechazada por VON WRIGHT, como lógicamente verdadera. Brian CHELLAS (1969; 1992: 490-491) acepta (3) para la modalidad de la acción «procurar que p», expresada por la letra delta; esto es, él acepta

$\Delta p \rightarrow p$

como lógicamente verdad, y hace la siguiente observación sobre ella (1969: 66):

> Ese es, quizá, el axioma para Δ más mínimamente sustantivo. Solo se puede procurar que algo sea el caso, o ser responsable de que algo sea el caso, si tal cosa es el caso.

De la misma manera, el principio (3) es válido en la lógica de Ingmar PÖRN para el concepto de hacer que sea el caso que *p* (1974: 95-96; 1977: 7-8).

Decir que una proposición es verdad en una situación dada implica que ofrece una descripción correcta de cómo son las cosas en esa situación. Si se considera que «*Bp*» representa una genuina proposición de acción de acuerdo con la cual «un agente produce *p*», entonces no describe el estado de cosas en la situación inicial o en la situación resultado de la acción. De acuerdo con el modelo de transformaciones de estado de VON WRIGHT, una acción cambia el estado inicial en algún aspecto, o lo mantiene sin cambios. Está claro que «*Bp*» no puede considerarse como una parte de la descripción de la situación que cambia por la acción en cuestión. La acción del agente se origina en la situación inicial *u*; es la situación en la que el agente decide y comienza a hacer algo. La acción lleva de *u* a la situación resultado *d(u)*. Por otra parte, también es un error considerar *Bp* como una descripción de la situación resultante de la acción, a menos que se tome el operador *B* como representando el concepto de *agencia* o responsabilidad (causal) del agente. En *d(u)* es correcto decir que *a* es el agente de *p* o responsable de (la verdad de) *p*, pero la acción ha tenido lugar antes. Por ello parece equivocado interpretar los enunciados-Δ de acción de CHELLAS como enunciados de acción con la forma «a procura que *p*»; las Δ-fórmulas pueden ser interpretadas mejor como enunciados acerca de *agencia*, esto es, enunciados acerca de que un determinado resultado *p* se debe a la *agencia* de *a*. Un agente no puede haber procurado que *p* (o hacer que sea el caso que *p*) a menos que sea el caso que *p*, y solo puede ser responsable de que sea el caso que *p* si es el caso que *p*. Los enunciados acerca de responsabilidad (causal) son evaluados por las situaciones resultado (los estados finales) de las acciones. Una persona es agente de un resultado determinado solo si ha hecho algo que ha causado el resultado.

Si las acciones se extienden a lo largo del tiempo, una teoría de la acción cuyos enunciados de acción son evaluados por momentos o instantes de tiempo corre el riesgo de tener algunas consecuencias contraintuitivas. VON WRIGHT parece ser consciente de esta dificultad cuando escribe (1963: 27-28):

> Cuando decimos que un suceso individual ocurre en una ocasión determinada, podemos considerar que la ocurrencia del suceso está constituida por dos ocasiones sucesivas para la obtención del estado de cosas. De manera similar, cuando decimos que un acto individual se realiza en una determinada ocasión, podemos considerar que la ocasión para la realización del acto está constituida por las dos ocasiones sucesivas del suceso individual correspondiente.

Igualmente, VON WRIGHT (1983: 174, 195-196) señala que una ocasión en la que un cambio tiene lugar -por ejemplo, se produce un estado de cosas- debería consi-

derarse como compuesta de dos «fases», una fase en la que el estado de cosas está ausente y una fase en la que está presente. De acuerdo con estas observaciones, las proposiciones de acción deberían evaluarse como pares ordenados de situaciones y estados del mundo, y las acciones-tipo (acciones genéricas) podrían representarse como relaciones de dos miembros [*2-place relations*] entre situaciones (estados del mundo). Esta manera de analizar proposiciones de acción ha sido adoptada por el filósofo sueco Lennart ÅQVIST, quien ha interpretado las acciones genéricas como relaciones de dos miembros entre posibles situaciones (1974: 77). La postura de ÅQVIST ha sido desarrollada posteriormente por las lógicas dinámicas de la acción (SEGERBERG, 1980; 1989; 1992; CZELAKOWSKI, 1997). Esta aproximación es la contrapartida formal de la concepción filosófica según la cual la posición temporal o espacial de una acción incluye la posición en la que la acción «tiene efecto» y el resultado que identifica qué acción se ha realizado.

(IV)

De acuerdo con la interpretación de VON WRIGHT del aspecto contrafáctico de la acción, la pasividad del agente en un estado del mundo *u* podría llevar a una situación simple y un estado del mundo (contra-estado) *e(u)*: las funciones *d* y *e* tienen como sus valores particulares situaciones (o la manera en la que el mundo está en una situación particular), no conjuntos de tales situaciones. Esto implica que los contrafácticos en cuestión satisfacen el principio del tercero excluido condicional (*Conditional Excluded Middle*) (LEWIS, 1973: 79):

(CEM) Si el agente no hubiera estado activo, hubiera sido el caso que *p*, o si el agente no hubiera estado activo, hubiera sido el caso que no *p*.

Este principio no siempre se sostiene; la negación del condicional contrafáctico «Si hubiera sido el caso que *h*, hubiera sido el caso que *p*» no es el condicional de necesidad (*would-conditional*) «Si hubiera sido el caso que *h*, hubiera sido el caso que no *p*» sino el condicional de posibilidad [*might-conditional*] «Si hubiera sido el caso que *h*, *tal vez* habría sido el caso que no *p*» (LEWIS, 1973: 21, 79; HILPINEN, 1981: 307-309). El principio del tercero excluido condicional no admite condicionales de posibilidad, y no es un principio válido para contrafácticos. No se sostiene para enunciados de acción; asumiremos que si un agente no ha interferido con el curso normal de los acontecimientos en *u, el mundo al vez hubiera cambiado de diferentes maneras o hubiera permanecido sin cambios. Por tanto, la pasividad de un agente en u* debería representarse por medio de una función que tuviera como valor un conjunto de aquellos estados del mundo (posibles situaciones) que hubieran podido ser su resultado. Esta representación sería conforme con el análisis de los contrafácticos en términos de funciones de selección de conjuntos en lugar de como funciones de selección de mundos (LEWIS, 1973: 57-58).

Igualmente, es razonable asumir que un agente puede procurar que *p* o producir que *p* de diferentes maneras. Las diferentes maneras de producir que *p* llevan a diferentes situaciones en las que *p* es verdad. Por ello las acciones deberían representarse como una función que asigna a cada situación posible *u* un conjunto de situaciones a

las que pueden llevar las acciones realizadas por el agente. Podemos completar el análisis de VON WRIGHT asumiendo que el agente puede escoger realizar en una situación dada u varias acciones A, B, C..., cada una de las cuales se representa por medio de una función f que asigna a u el conjunto de las situaciones posibles a las que tal vez la acción transformaría a u (esta representación es equivalente a la representación de acciones como relaciones binarias en W; cfr. CZELAKOWSKI, 1997). Se asume que el estado del mundo $u \in W$ forma un árbol parcialmente ordenado de $<$ prioridad temporal, en otras palabras, para cada u, v y w en W, si $u < w$ y $v < w$, entonces $u < v$ o $v < u$ o $u = v$; además, $w \in f(A,u)$ solo si $u < w$. Si Z representa la pasividad del agente (inacción, o «acción cero»), asumimos que $z(u) = f(Z,u)$; $z(u)$ es el conjunto de situaciones y estados del mundo que podrían resultar de u a causa de la pasividad del agente.

Si el análisis de VON WRIGHT se desarrolla de esta manera, conseguimos un análisis mejorado de frases como «a produce p», «a evita que sea el caso que p», «a procura que p» y conceptos relativos a la causación de agentes. El concepto de acción se usa en estos análisis como una noción primitiva. Si a es un término de acción y $w \in f(A, u)$ para alguna situación u, podemos decir que el par $\langle u, w\rangle$ ejemplifica A o es una realización de A; esto puede abreviarse «$\langle u, w\rangle \Vdash A$». El aparato semántico señalado arriba nos permite definir varios conceptos de «producir que» y otros conceptos de causación de agentes. Un noción familiar y usada a menudo de causación de agentes se expresa a través del análisis *sine qua non*, de acuerdo con el cual un agente causa un determinado estado de cosas (o suceso) solo si el estado de cosas no hubiera tenido lugar (o el suceso no hubiera ocurrido) si el agente no hubiera actuado como lo hizo; en otras palabras, si el agente hubiera omitido lo que hizo (HART y HONORÉ, 1959: 104-108). Esto puede interpretarse como que el estado de cosas p en una situación w se debe a (es causado por) un agente solo si hay alguna acción A realizada por el agente tal que no hubiera sido el caso de que p si el agente hubiera omitido A. Si asumimos que «omA» significa la omisión de A, llegamos a la siguiente formulación del análisis *sine que non* del concepto de producir que p:

(AB1) $\langle u, w\rangle \Vdash Bp$ si y solo si hay una acción A tal que
- (i.a) $w \in f(A, u)$,
- (i.b) $w \Vdash p$,
- (ii) $v \Vdash \neg p$ para cada $v \in f(omA, u)$, y
- (iii) $u \Vdash \neg p$

La condición (i.a) establece que el par $\langle u,w\rangle$ es una realización de A, esto es, que el agente pasa de u a w por medio de A, sin hacer ninguna cosa más; y (ii) es la condición contrafáctica según la cual si el agente hubiera omitido A, p hubiera continuado siendo falso. Si se satisface a las cuatro condiciones, $\langle u,w\rangle$ es un caso de la acción de producir p.

El análisis correspondiente a la acción de conservar se obtiene a parir de (AB1) reemplazando la condición (iii) por la condición

(iii') $u \Vdash p$.

Si prescindimos de la condición (iii), obtenemos un análisis del concepto disyuntivo de producir o conservar (el estado de cosas) p. De acuerdo con ÅQVIST y MULLOCK (1989: 37, 93) y BELNAP (1991: 792); BELNAP y PERLOFF, 1002: 467), podemos llamar a la

conjunción de condiciones (i.a) y (i.b) las condiciones positivas de la causación de agente y a (ii) la condición negativa. La mayoría de análisis de la causación de agentes sigue este patrón y contienen una condición positiva y una condición (contrafáctica) negativa.

De acuerdo con las anteriores definiciones, «*p* se debe a (la agencia de) *a*» implica, a grandes rasgos, que *a* ha hecho algo (ha realizado una acción) que ha causado *p* o ha sido suficiente para *p*. La expresión «*a* procura que *p*» sugiere agencia como condición suficiente, mientras que el concepto de producir *p* parece expresar el aspecto de condición necesaria de la causación del agente. Las dos expresiones no tienen el mismo significado, aunque los filósofos los hayan tratado a veces como interpretaciones alternativas del mismo operador agente. La formulación de la agencia discutida aquí recuerda a la fórmula de Lars LINDAHL (1977: 69-70) para lo que él llama «acción instrumental», «[un agente] procura que [*p*] al realizar la acción *A*». Como VON WRIGHT ha puesto de manifiesto, una situación ofrece una oportunidad de producir *p* solo si *p* no es verdad en esa situación. El concepto de procurar que *p* no está sujeto a esta restricción: engloba tanto la agencia productora como la conservadora. Otra diferencia entre los dos conceptos es que procurar que *p* normalmente implica tratar que el resultado *p* se obtenga, mientras que producir que *p* no involucra tal garantía; un agente puede producir algo accidentalmente. Cuando una persona hace algo deliberadamente, decimos que él ha «procurado» que cierto resultado tuviera lugar. En tales casos puede decirse que sus acciones necesitan el resultado. Por ello, el concepto de procurar que *p* (abreviando, «*Dp*') puede definirse como sigue:

(AD1) $\langle u, w\rangle \Vdash Dp$ si y solo si hay una acción *A* tal que
(i.a) $w \in f(A, u)$,
(i.b) $v \Vdash p$ para todo $v \in f(A, u)$, y
(ii) $v \Vdash \neg p$ para algún $v \in f(omA, u)$

De acuerdo con la condición (i.a), al escoger realizar *A* el agente garantiza que *p* será verdad, y de acuerdo con (ii), *p* podría no haber sido verdad en la situación resultante si el agente no hubiera hecho *A*.

Si añadimos a (AD1) la condición

(ii.a) Hay una acción *B* tal que $v \Vdash \neg p$ para cada $v \in f(B, u)$,

Obtenemos un análisis de un control pleno del agente sobre el estado de cosas *p*; la elección de *A* por el agente asegura que será el caso que *p*, y si hubiera elegido *B*, no hubiera sido el caso que *p*. El estado de cosas *p* es en este caso contrafácticamente dependiente de si el agente elige *A* o *B* (si $B = omA$, la elección del agente entre *A* y su omisión determinará si el estado de cosas *p* tendrá lugar).

La expresión «procurar que *p*» caracteriza normalmente a la acción deliberada, intencional, pero «producir que *p*» no tiene tal connotación, y puede aplicarse tanto a resultados queridos como no queridos de una acción, incluyendo resultados inesperados e improbables. Lars LINDAHL (1977: 70) ha señalado que la expresión «*x* procura que *p*» caracteriza a veces solo una intención o preparación de un acto con el fin de mantener el estado de cosas *p* cuando las circunstancias lo requieran, y no requiere necesariamente un movimiento corporal. LINDAHL llama a esta acción «acción nula» (LINDAHL, 1977: 69-70). La acción nula de LINDAHL puede considerarse como una de las acciones alternativas *A, B,* etc., usadas en (AB1) y (AD1).

Parece posible construir, para cualquier estado *p*, una descripción de acción *A* tal que la realización de una acción de ese tipo sea suficiente para *p*; por ejemplo, «causar (que sea el caso que) *p*» o «producir que *p*». Esta manera de analizar las proposiciones de acción nos retrotrae a San Anselmo, que usó el verbo «facere» (hacer) como una modalidad general de acción (HENRY, 1967: 123-125; SEGERBERG, 1992: 348-350). No obstante, las descripciones de acción que se obtienen de esta manera no se refieren necesariamente a acciones que un agente es capaz de realizar. Para muchos estados *p*, la acción «producir que *p*» o «procurar que *p*» son acciones imposibles, esto es, no realizables por un agente dado (o por ningún agente). Para evitar trivializar las definiciones (AB1) y (AD1), hemos asumido que las descripciones *A*, *B*, *C* definen tipos de acción independientes del estado resultante *p*, y se refieren a acciones que son claramente realizables por el agente o que el agente puede escoger para realizar una acción en una situación elegida *u*. Siguiendo a Krister SEGERBERG, llamaré rutinas a tales acciones-tipo: «Ser capaz de hacer algo es tener una rutina disponible. Deliberar es buscar una rutina» (SEGERBERG, 1985: 188). Las rutinas de acción disponibles para un agente son como herramientas o instrumentos que puede usar para cambiar el mundo o evitar que cambie. Por ejemplo, girar la llave de puesta en marcha de un coche es una rutina con la que podemos (normalmente) producir el estado de cosas de que el motor del coche arranque, y un libro de recetas de guisos de Karelia describe una rutina para que una familia tenga un plato de Karelia para cenar. Por el contrario, no hay rutinas para que la gente viva en paz en cualquier lugar del mundo, incluso aunque se trate de uno de los fines de las Naciones Unidas.

(V)

El modelo de las acciones como transformaciones de estado de G. H. VON WRIGHT se ajusta a acciones de las que podemos decir que conducen a cierto resultado y que son descritas por medio de sus resultados, y explica la indeterminación espacial y temporal de las acciones. De acuerdo con esta concepción de las acciones, hemos distinguido las descripciones de acciones de las proposiciones «ordinarias», que son interpretadas como un conjunto de situaciones. Estas últimas hacen referencia a enunciados de *agencia* de acuerdo con las cuales un resultado determinado (un estado de cosas) se debe a las acciones de un agente determinado y a las proposiciones deónticas relativas al estatus normativo de acciones y estados de cosas.

La distinción entre descripciones de acción y proposiciones está en el trasfondo de la distinción entre los dos tipos de deberes mencionados al principio, el deber-ser y el deber-hacer. Una proposición de deber-hacer es una proposición deóntica de acuerdo con la cual una cierta acción es obligatoria, permitida o prohibida en una situación determinada, mientras que los enunciados de deber-ser establecen que un cierto estado de cosas debe o no debe producirse en una situación dada. La representación de esta distinción en lógica deóntica requiere dos tipos de operadores deónticos; los operadores de deber-hacer se aplican a las descripciones de acción y las transforman en proposiciones deónticas, mientras que los operadores de deber-ser transforman las proposiciones «ordinarias» en proposiciones deónticas.

Si las acciones se representan como relaciones binarias entre estados del mundo o como transiciones de un estado del mundo a otro, podemos obtener una semántica

simple de directivas (enunciados de deber-hacer) si aplicamos la semántica estándar de la lógica deóntica a tales transiciones. En lugar de clasificar los estados del mundo en estados deónticamente aceptables y estados deónticamente inaceptables, podemos dividir los movimientos de un estado del mundo a otro en transiciones legales (o aceptables) e ilegales (inaceptables) (SEGERBERG, 1982: 270-271, 276-280; CZELAKOWSKI, 1997: 59-60; HILPINEN y MCNAMARA, 2013: 107-108). Las condiciones de verdad de los enunciados deónticos pueden definirse de la manera habitual. Una acción es obligatoria (o es requerida) en una situación dada si y solo si todas las transiciones legales a partir de esa situación ejemplifican *A* (involucran una transformación de *A*); *A* está prohibido si y solo si todas las transiciones que ejemplifica *A* son ilegales; y una acción está permitida en *u* si y solo si alguna transformación legal a partir de *u* ejemplifica *A*.

¿Qué relación hay entre los dos tipos de deber? VON WRIGHT sugiere que las normas que determinan qué cosas deben ser (o pueden ser) son más fundamentales que las normas de acción y que estas últimas dependen y se justifican en las primeras (1996: 68):

> Las normas válidas en una comunidad generalmente expresan la idea (voluntad, deseo, propósito) del legislador (la autoridad normativa) del estado que idealmente debería conseguir en esa comunidad (la autoridad también podría ser una «voz del pueblo» impersonal). Los miembros de la comunidad tienen que procurar que el estado ideal previsto en las normas efectivamente se realice.

De acuerdo con VON WRIGHT, «las normas prescriben fundamentalmente lo que debe ser o puede ser», y dado un sistema tal de normas, las acciones normativas pueden ser descritas como «proposiciones de necesidad práctica» que establecen «qué deben o pueden hacer los destinatarios de las normas para cumplir sus obligaciones» (VON WRIGHT, 1996: 68).

Estas observaciones parecen reflejar una concepción consecuencialista de la normatividad. No obstante, en el nivel del discurso normativo cotidiano y de la argumentación, la justificación puede ir en ambas direcciones, del deber-ser al deber-hacer o de las normas de acción a las normas acerca de estados del mundo. A veces decimos que un agente debe hacer algo porque es necesario para algún estado de cosas que debe conseguir, o porque es más beneficioso que alguna otra acción, pero en otros contextos podemos pretender que un estado de cosas no debe ser (es normativamente inaceptable) porque resulta de una acción inmoral o ilegal. La riqueza de una persona es un estado normativamente inaceptable, y sus posesiones pueden ser jurídicamente confiscadas, si ha sido adquirida por robo, pero puede ser un estado aceptable (permitido) si es el resultado de un trabajo honesto. En algunos sistemas judiciales, las pruebas que son consideradas como «frutas del árbol envenenado» (esto es, que se han obtenido por medio de acciones ilegales) son generalmente inadmisibles. El estatus normativo y moral de un estado de cosas puede evaluarse deontológicamente a partir de las acciones que conducen a él, y las acciones pueden ser evaluadas desde un punto de vista consecuencialista a la luz de los intereses del agente y de las personas afectadas por las acciones.

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer a Ms. Anneli HILPINEN, MBA, por su ayuda y consejo en la preparación de este artículo.

REFERENCIAS

ANSCOMBE, G. E. M., 1963: *Intention,* 2.ª ed., Oxford: Basil Blackwell.

— 1979: «Under a Description», *Noûs,* 13, 219-233.

APOSTEL, L., 1982: «Towards a General Theory of Argumentation», en E. M. BARTH y J. L. MARTENS (eds.), *Argumentation. Approaches to Theory Formation,* Amsterdam: John Benjamins B. V., 93-122.

ÅQVIST, L., 1974: «A New Approach to the Logical Theory of Actions and Causality», en S. STENLUND (ed.), *Logical Theory and Semantic Analysis,* Dordrecht: D. Reidel, 73-91.

ÅQVIST, L., y MULLOCK, Ph., 1989: *Causing Harm,* Berlin-New York: Walter de Gruyter.

BELNAP, N., 1991: «Backwards and Forwards in the Modal Logic of Agency», *Philosophy and Phenomenological Research,* 51, 777-807.

BELNAP, N., y PERLOFF, M., 1992: «The Way of the Agent», *Studia Logica,* 51, 463-484.

BROGAARD, B., 2012: *Transient Truths. An Essay on the Metaphysics of Propositions,* Oxford: Oxford University Press.

CHELLAS, B., 1969: *The Logical Form of Imperatives (Dissertation, Stanford University),* Stanford: Perry Lane Press.

— 1992: «Time and Modality in the Logic of Agency», *Studia Logica,* 51, 485-517.

COOK, W. W., 1942: *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

CZELAKOWSKI, J., 1997: «Action and Deontology», en S. LINDSTRÖM y E. EJERHED (eds.), *Logic, Action and Cognition,* Dordrecht and Boston: Kluwer Academic Publishers.

DAVIDSON, D., 1971-1980: «Agency», en D. DAVIDSON, *Essays in Actions and Events,* Oxford: Oxford University Press, 43-61. Publicado originalmente en *Agent, Action, and Reason,* en R. BINKLEY, R. BRONAUGH, y A. MARRAS (eds.), Toronto: University of Toronto Press, 1971.

FINE, K., 1982: «Acts, Events and Things», en W. LEINFELLNER *et al.* (eds.), *Language and Ontology: Proceedings of the Sixth International Wittgenstein Symposium,* Wien: Hölder-Pichler-Tempsky, 97-105.

HAMBLIN, C. L., 1987: *Imperatives,* Oxford: Basil Blackwell.

HART, H. L. A., y HONORÉ, A. M., 1959: *Causation in the Law,* Oxford: Clarendon Press.

HENRY, D. P., 1967: *The Logic of Saint Anselm,* Oxford: Clarendon Press.

HILPINEN, R., 1981: «Conditionals and Possible Worlds», en G. FLISTAD (ed.), *Contemporary Philosophy: A New Survey,* vol. 1, *Philosophy of Language and Philosophical Logic,* The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 299-335.

HILPINEN, R., y MCNAMARA, P., 2013: «Deontic Logic: A Historical Survey and Introduction», en D. GABBAY, J. HORTY, X. PARENT, R. VAN DER MEYDEN y L. VAN DER TORRE (eds.), *Handbook of Deotic Logic and Normative Systems,* Milton Keynes: College Publications, 3-136.

LEWIS, D., 1973: *Counterfactuals,* Oxford: Basil Blackwell.

LINDAHL, L., 1977: *Position and Change,* Dordrecht and Boston: D. Reidel Publishing Company.

PÖRN, I., 1974: «Some Basic Concepts of Action», en S. STENLUND (ed.), *Logical Theory and Semantic Analysis,* Dordrecht: D. Reidel, 93-101.

PÖRN, I., 1977: *Action Theory and Social Science,* Dordrecht: D. Reidel.

SEGERBERG, K., 1980: «Applying Modal Logic», *Studia Logica,* 39, 275-295.

— 1982: «A Deontic Logic of Action», *Studia Logica,* 41, 269-282.

— 1985: «Routines», *Synthese,* 65, 185-210.

— 1989: «Bringing It About», *Journal of Philosophical Logic,* 18, 327-347.

— 1992: «Getting Started: Beginnings in the Logic of Action», *Studia Logica,* 51, 347-378.

STOUT, R., 1935-1980: *The League of Frightened Men,* New York: Bantam Books (primera publicación en 1935).

THOMSON, J. J., 1971: «The Time of a Killing», *The Journal of Philosophy,* 68, 115-132.

VOLLRATH, J. F., 1975: «When Actions Are Causes», *Philosophical Studies,* 27, 329-339.

VON WRIGHT, G. H., 1951: «Deontic Logic», *Mind,* 60, 1-15. Reimpreso en G. H. VON WRIGHT, *Logical Studies,* London: Routledge and Kegal Paul, 58-74.

— 1963: *Norm and Action,* London: Routledge & Kegan Paul.

— 1968: «An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action», *Acta Philosophica Fennica,* 21, Amsterdam: North-Holland Publ. Co.

— 1983: «Norms, Truth, and Logic», en G. H. VON WRIGHT, *Practical Reason: Philosophical Papers,* vol. 1, Ithaca: Cornell University Press, 130-209.

— 1996: «Ought-to-be - Ought-to-do», en G. H. VON WRIGHT, *Six Essays on Philosophical Logic, Acta Philosophica Fennica,* 60, Helsinki: Societas Philosophica Fennica, 63-70.

WEINBERGER, O., 1985: «Freedom, Range for Action and the Ontology of Norms», *Synthese,* 65, 307-324.

WILLIAM HEYTERBURY, c. 1335/1988: «The Compounded and Divided Senses», en N. KRETZMANN y E. STUMP (eds.), *The Cambridge Translations of Medieval Philosophical Texts,* vol. 1, *Logic and the Philosophy of Language,* Cambridge: Cambridge University Press, 413-434.

LA LÓGICA DE IMPLICACIÓN NORMATIVA DE VON WRIGHT Y LA PARADOJA DE CHISHOLM*

Juliano Maranhão

Universidad de São Paulo

RESUMEN. En sus últimos trabajos sobre lógica deóntica VON WRIGHT reinterpreta sus teoremas y derivaciones como meros patrones de racionalidad legislativa, sin compromiso con la existencia de las normas derivadas. Esta propuesta utiliza una cuasi-semántica, sin recurso a valores de verdad, que siguiendo a HANSEN (1999) llamaremos lógica de implicación normativa (LIN). En LIN VON WRIGHT rescata al sistema estándar y sugiere que las normas condicionales podrían ser representadas por una implicación material dentro del alcance del operador deóntico sin caer en conocidas paradojas, en especial la paradoja de CHISHOLM (obligaciones contrarias al deber). En este artículo confronto LIN con la paradoja de CHISHOLM, identifico algunas limitaciones frente a los requisitos de adecuación de CARMO y JONES (2002) y apunto dos dificultades (el problema de la inconsistencia racional y del Kindergarten) que desafían el uso de la implicación material. Seguido a ello, ofrezco una reconstrucción diádica de LIN que supera esas limitaciones y dificultades.

Palabras claves: lógica deóntica, condicionales, VON WRIGHT, paradoja de CHISHOLM, obligaciones contrarias al deber.

Von Wright's Logic of Normative Implication and Chisholm Paradox

ABSTRACT. VON WRIGHT's last approach to deontic logic reinterprets its theorems and derived norms as mere standards of rational legislation, without any ontological commitment. This proposal-which, following HANSEN we shall call «logic of normative implication» (LIN) employs a semantics with no appeal to truth-values. Within LIN VON WRIGHT suggests that conditional norms could be represented by a material implication in the scope of the deontic operators, without raising well known paradoxes such as CHISHOLM's (contrary to duty obligations). The paper confronts LIN with CHISHOLM's paradox and identifies some limitations considering CARMO and JONES (2002) adequacy conditions (the problem of rational inconsistency and the one called the «Kindergarten problem»), which challenge the use of material implication. The paper then offers a dyadic reconstruction of LIN overcoming these limitations.

Keywords: deontic logic, VON WRIGHT, conditionals, CHISHOLM's paradox, contrary to duty obligations.

* Fecha de recepción: 29 de junio de 2016. Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.05

1. EL ESCEPTICISMO DE VON WRIGHT Y SU LÓGICA DE IMPLICACIÓN NORMATIVA

VON WRIGHT es considerado como el padre de la lógica deóntica. No solo resucitó el tema sino que también en las décadas posteriores hizo importantes contribuciones técnicas para su desarrollo, *e. g.*, una lógica de la acción como fragmento de la lógica deóntica y una propuesta de sistemas deónticos diádicos. Pero, pocas veces se vio a un padre tan motivador y al mismo tiempo tan angustiado con su criatura. VON WRIGHT siempre estuvo preocupado por una fundamentación filosófica de las lógicas normativas y vivió perturbado con la idea de que esas lógicas ni siquiera serían posibles como representaciones adecuadas del discurso normativo.

Acompañar esta peregrinación no es solo una fuente de aprendizaje de la lógica deóntica y de los problemas filosóficos en torno de ella sino también una lección sobre cómo hacer filosofía. VON WRIGHT acostumbraba a decir que estudiaba los textos filosóficos para encontrar rompecabezas y problemas, y entonces pensar sobre ellos de manera independiente. Lo mismo valía para sus propios textos. Sus artículos reflejan exactamente ese modo de hacer filosofía, siempre con una introducción clara sobre los problemas que se enfrentan, invitando al lector a pensarlos libremente.

Fue con ese espíritu que conocí al profesor VON WRIGHT. Al final de mi graduación en derecho le escribí para exponerle una duda sobra la adecuación de su reinterpretación de la lógica deóntica para dar cuenta de los problemas de las lagunas en los sistemas normativos. Su reacción no fue la de corregir o resolver mi duda, sino de reconocer una cuestión nueva y digna de reflexión, lo que complementó con nuevos desafíos. Una respuesta a esos desafíos resultó en la publicación de un artículo (MARANHÃO, 2002).

Poco tiempo después hice las maletas y viajé a Finlandia, donde pasé meses mágicos con discusiones sobre su último abordaje a la lógica deóntica (VON WRIGHT, 1983; 1985; 1991; 1996; 1997; 1999a; 1999b). Esa perspectiva es consistente con la tesis de que no hay una genuina lógica de normas. Mi pregunta principal no era acerca de los sistemas de lógica de normas allí discutidos sino en el aparente cambio de método, o en la propia concepción de la lógica y cuál es su papel frente al discurso normativo.

Esas discusiones en la nevada Helsinki, instigadas una y otra vez por preguntas claves de VON WRIGHT, que incluyeron una invitación a estudiar WITTGENSTEIN, me acompañaron por algunos años y resultaron en un nuevo trabajo (MARANHÃO, 2009) donde defendí que ese escepticismo no es propiamente un decreto contra una lógica de normas sino un esfuerzo «terapéutico», en el sentido del segundo WITTGENSTEIN, provocado sobre todo por el dilema de JORGENSEN (JORGENSEN, 1937-1938).

Al final de una larga peregrinación, VON WRIGHT propone que en lugar de interpretar los teoremas deónticos como un reflejo de las relaciones necesarias entre normas, o de la estructura del discurso prescriptivo, deberíamos tomarlo como meros patrones de racionalidad, patrones de lo que sería una actividad de legislación racional. Esa reinterpretación consiste básicamente en redefinir la relación de consecuencia nor-

mativa (entre conjuntos de normas y una norma), sin recurso a valores de verdad, por medio de las nociones de consistencia y de norma-negación, en correspondencia con el discurso prescriptivo ordinario. Una norma es consecuencia de (normativamente implicada por) un conjunto de normas si su norma-negación —o sea, el opuesto de lo que fue exigido por ella— fuese normativamente inconsistente con ese conjunto. Eso no significa que la norma derivada sea necesariamente válida o existente, tal como el conjunto de normas originales. Solo quiere decir que sería irracional legislar de otra manera (lo que no impide que el legislador concreto efectivamente lo sea). Al aligerar de ese modo la carga ontológica de los teoremas de la lógica deóntica y de la relación de consecuencia normativa, VON WRIGHT pretendía curar a los lógicos deónticos de sus angustias frente al carácter no-teórico de las normas.

Sin embargo, aunque VON WRIGHT había conseguido dar sentido a esas relaciones de contradicción y consecuencia entre normas, ciertas dificultades para interpretar conectivas proposicionales entre formulaciones de normas que, en su opinión, solo tendrían sentido en una interpretación descriptiva, le llevó a excluir tales construcciones del conjunto de fórmulas bien formadas. Para VON WRIGHT, los sistemas que pretendiesen representar una lógica de normas genuinas (en términos de patrones de racionalidad) deberían satisfacer tal restricción (VON WRIGHT, 1991; 1996).

Así, las definiciones de consistencia y de implicación normativa ofrecen una relación semántica de consecuencia solamente entre *formulaciones normativas*. Junto con esa restricción, una vieja tesis, ya presente en su sistema original (VON WRIGHT, 1951), fue rescatada: las obligaciones condicionales deberían ser representadas por una implicación material en el alcance de un operador deóntico.

Esa representación de la condicionalidad normativa es importante dentro de su perspectiva escéptica. Ello se debe a que la única relación de implicación con significado es aquella de implicación normativa (entre normas); por consiguiente, la implicación material no puede estar fuera del alcance de un operador deóntico. Como justificación para ella, VON WRIGHT esgrime el argumento de que los problemas lógicos ligados a las formulaciones normativas condicionales pueden ser superados sin recurrir a una teoría diádica.

Aunque las paradojas de ROSS y PRIOR se disuelven fácilmente (*vid.* MARANHÃO, 2009), la paradoja de CHISHOLM presenta más dificultades (HANSEN, 2001). Su solución, dentro de los esquemas de la lógica de implicación normativa, involucra algunos recursos adicionales. Pero, aparentemente, hay una falta de adecuación entre la definición de consistencia de VON WRIGHT y la representación de los conflictos de normas condicionales.

La tentativa de adaptar su test de consistencia normativa para captar conflictos de obligaciones condicionales necesariamente desnaturaliza la implicación material, lo que mina el rescate puro y simple del sistema estándar (o de su fragmento estrictamente normativo). Aquí propondremos una adaptación del concepto de consistencia que genera una nueva lógica de implicación normativa diádica capaz de superar las inadecuaciones señaladas.

2. FORMALIZANDO LA LÓGICA DE IMPLICACIÓN NORMATIVA DE VON WRIGHT

Para enfrentar el problema con el detalle y la profundidad necesarios, recurriremos a una formulación más precisa de la lógica de implicación normativa (LIN) propuesta por VON WRIGHT.

El lenguaje L de LIN contiene un conjunto numerable de letras proposicionales *p, q, r...*, las conectivas proposicionales «~, ∧, ∨,→», respectivamente, para la negación, conjunción, implicación material (la equivalencia, «↔», es definida de forma usual y «⊥» es una constante de falsedad y una «*taut*» es una constante de verdad) y los operadores «*O*» e «*P*», respectivamente, para *obligación* y *permisión*. Los conceptos básicos de la teoría de conjuntos, tales como la pertenencia, subconjunto, unión (∈, ⊆, ∪) serán utilizados en un nivel metalingüístico. El símbolo «⇒» representa la relación de consecuencia clásica, también en el metalenguaje (a lo largo de la discusión definiremos otras relaciones de consecuencia). El conjunto de fórmulas es construido en dos pasos. Primero, el conjunto F_C de contenidos normativos se forma con el conjunto de todas las fórmulas proposicionales clásicas. El conjunto F_N de formulaciones normativas se forma a partir de las siguientes cláusulas:

(i) Si a es un contenido normativo (*i. e.* $a \in F_C$) entonces Oa e Pa son formulaciones normativas (*i. e.* $Oa, Pa \in F_N$).

(ii) F_N es el menor conjunto que satisface (i)[1].

De un conjunto N de formulaciones normativas podemos obtener el conjunto de contenidos normativos correspondiente, definido como $N_C = \{a: Oa \in N \text{ o } Pa \in N\}$.

De acuerdo con la semántica descrita por VON WRIGHT, una condición mínima necesaria para la racionalidad del legislador es que sus normas sean ejecutables, es decir, todos los estados de cosas obligatorios deben poder ser realizados sin interferir con el uso de cualquier permiso. Esto nos lleva a la siguiente definición formal de consistencia deóntica.

Definición de consistencia deóntica. Sea N un conjunto de formulaciones normativas. Entonces, N es d-inconsistente (en fórmulas: *incd(N)*) si y solamente si, existe un conjunto $M=\{Oa1, Oa2, ..., Oan\} \subseteq N$ o $M=\{Oa1, Oa2, ..., Oan, Px\} \subseteq N$ tal que $MC \Rightarrow \bot$. En caso contrario, N es d-consistente.

Los conjuntos consistentes, en el sentido antes definido, pueden ser llamados también «ejecutables». Nótese que la noción de consistencia, en el sentido de ser ejecutables, es distinta de las simples nociones de consistencia entre contenidos normativos. El conjunto $R= \{$*Obligatorio no fumar (O~a), Permitido abrir la ventana (P~b), Permitido no abrir la ventana (Pb)*$\}$, que expresa la facultad de abrir la ventana junto a

[1] Por la definición de F_N quedan excluidos del conjunto de formulaciones de normas cualquier fórmula compleja que combina fórmulas modales por medio de conectivas proposicionales, al igual que la reiteración de operadores modales, *i. e.* las fórmulas *OOa, OPb, POa*, etc. No son fórmulas bien formadas.

la prohibición de fumar es consistente según la definición, pero la conjunción de sus contenidos es inconsistente.

El test de consistencia da un tratamiento distinto entre obligaciones y permisiones al de la semántica de KRIPKE para el sistema estándar de lógica deóntica. Se verifica, simplemente, si cada una de las permisiones independientemente no entra en conflicto con el conjunto total de las obligaciones asumidas (así como el contenido de una permisión está únicamente en un mundo ideal accesible, el contenido de una obligación está en todos los mundos ideales).

El concepto de racionalidad del legislador puede ser modificado para incluir restricciones más fuertes, tal como la exigencia de que los contenidos normativos sean no solamente consistentes (ejecutables) sino también que describan estados de cosas cuya realización sea física o humanamente posible. Si el conjunto de normas satisface esa exigencia adicional, llamaremos *realizable* al conjunto de normas. Todo conjunto de normas realizable es también ejecutable, pero obviamente la contraria no vale. Si la realizabilidad (y no la simple ejecutabilidad) fuese el patrón asumido de racionalidad, entonces las normas que exigen estados de cosas lógicamente necesarios o normas condicionales cuyas condiciones de aplicación fuesen física o humanamente imposibles serían marcas de la irracionalidad del legislador, siendo llamadas normas «espurias».

La norma «opuesta» a una cierta norma es introducida por VON WRIGHT mediante el concepto de norma-negación, que podemos formalizar como una función *neg* en el conjunto de formulaciones normativas F_N, tal que:

(i) $neg(Oa)=P{\sim}a$

(ii) $neg(Pa)=O{\sim}a$

La implicación normativa es, entonces, obtenida a partir de las definiciones de norma-negación y consistencia deóntica.

Definición de implicación deóntica ($\Rightarrow_d$). Sea N un conjunto de formulaciones normativas y a una formulación normativa. Entonces, $N\Rightarrow_d \alpha$, si y sólo si, $incd(N\cup\{neg(\alpha)\})$.

La formulación de la norma α es una tautología normativa si $\varnothing\Rightarrow_d\alpha$. Para simplificar la notación de un conjunto de premisas normativas unitario, *i. e.* que incluya solo una formulación normativa, omitiremos los paréntesis y escribiremos, por ejemplo, $\alpha\Rightarrow_d \beta$, donde α y β son formulaciones normativas (en adelante, las letras latinas minúsculas denotan contenidos normativos y las letras griegas mayúsculas formulaciones normativas).

3. FRENTE A LA PARADOJA DE CHISHOLM

El esquema generador de la paradoja de Alf ROSS en SDL, $Oa\rightarrow O(a\vee b)$, corresponde a la relación de consecuencia $Oa\Rightarrow dO(a\vee b)$, que es válida en LIN. La relación

solo significa que $\{Oa\}\cup\{P(\sim a\wedge\sim b)\}$ es *d-inconsistente*, *i. e.* si algo es obligatorio, entonces sería irracional permitir lo contrario conjuntamente con alguna otra cosa. Los teoremas de SDL que generan las paradojas de PRIOR son apenas variantes de la de ROSS y, por ello, se disuelven con facilidad en LIN.

Sin embargo, LIN fue pensada por VON WRIGHT también con el objetivo de superar la paradoja de CHISHOLM[2]. Pero, su disolución dentro de LIN depende de algunas estrategias adicionales introducidas por VON WRIGHT. Veamos la paradoja.

3.1. La paradoja

CHISHOLM (CHISHOLM, 1963) llamó la atención sobre las dificultades para formalizar las obligaciones que surgen bajo condiciones *contrarias al deber*, es decir condiciones que son por sí mismas violaciones de otro deber. Esas normas son bastantes comunes en los ordenamientos jurídicos, dado que el legislador ha de tener en mente que los sujetos pueden desobedecer (y probablemente lo harán) algunos de sus deberes. Por ejemplo, para las leyes civiles brasileras está prohibido causar daños a terceros, pero si el daño ocurriese, entonces el responsable está obligado a resarcirlo. Por ello, la capacidad de lidiar con obligaciones contrarias al deber es importante para cualquier sistema de lógica deóntica.

Considérese el siguiente conjunto de proposiciones:

i) Es prohibido para John embarazar a Suzy Mae.
ii) Es obligatorio que si John no embaraza a Suzy Mae entonces no se case con ella.
iii) Si John embaraza a Suzy Mae, entonces es obligatorio que se case con ella.
iv) John embarazó a Suzy Mae.

Intuitivamente, esperamos derivar de esas premisas la obligación de John de casarse con Suzy Mae. También diríamos que esas premisas son lógicamente independientes. En SDL hay diferentes alternativas de formalización. Un primer intento considera las obligaciones expresadas en ii) y iii) como de tipos diferentes, dado que la última es una obligación con condición contraria a deber. Para captar esa diferencia y permitir la separación fáctica con la violación descrita en iv), se formulan las premisas en SDL de la siguiente manera:

1. $O\sim p$.
2. $O(\sim p\rightarrow\sim q)$.
3. $p\rightarrow Oq$.
4. p.

Por *modus ponens* de 3 y 4 se deriva Oq. El problema es que de 1 y 2 se deriva también $O\sim q$ en SDL, o sea una contradicción normativa, lo que no ocurre en el discurso ordinario. Se podría, entonces, criticar la distinción en la formalización de la obligación «regular» y de la obligación en condiciones «contrarias al deber».

[2] La solución para la paradoja de CHISHOLM dentro de los términos de la lógica de la implicación normativa es presentada de modo informal por VON WRIGHT en (1983: 157-159).

La paradoja muestra la dificultad (*vid.* la discusión en LOWER y BELZER, 1983) en admitir en una misma lógica de obligación, la separación fáctica [$a, O(a \rightarrow b) \Rightarrow Ob$] y la separación deóntica [$Oa, O(a \rightarrow b) \Rightarrow Ob$]. LIN solo admite la separación deóntica.

Puede bien argumentarse que la diferencia gramatical en la formulación del ejemplo entre ii) y iii) es superficial y se debe seguir la propuesta de formalización de normas condicionales sustituyéndose 3 por

3'. $O\,(p \rightarrow q)$

Esta formulación, en SDL, torna redundante la regulación 1-4, ya que 3' se sigue de 1.

Por otro lado, si seguimos la sugerencia de PRIOR y formalizamos la obligación condicional como $p \rightarrow Oq$, sustituyendo 2 por

2'. $\sim p \rightarrow O \sim q,$

encontramos nuevamente redundancia en la formulación de las premisas ya que 2' se sigue de 4.

Esa es la paradoja.

3.2. La solución de VON WRIGHT

VON WRIGHT creía que podría dar cuenta de la paradoja mediante sus definiciones intuitivas, que usamos para construir LIN. Solo tendríamos que formalizar las premisas i)-iv) usando 1, 2, 3' y 4. El argumento de la redundancia sería inofensivo, ya que el hecho de que la norma 1 implique a 3', *i. e.* $O{\sim}p \Rightarrow_d O\,(p \rightarrow q)$, no significa que «exista» la norma expresada por la fórmula, o sea que de la prohibición de embarazar a Suzy Mae se siga lógicamente la existencia de la obligación de John de casarse con ella si la embarazase, sino solo que prohibir a John embarazar a Suzy Mae —y al mismo tiempo— permitir embarazarla y no casarse con ella sería irracional, *i. e.*, $inc_d(\{O{\sim}p\} \cup \{P(p \wedge {\sim}q)\})$.

La única dificultad restante es la esperada separación fáctica a partir de la premisa 4. Es decir, aun cuando a partir de iii) y iv) se infiera que John debe casarse con Suzy Mae Oq no se sigue de 3' y 4 en LIN.

VON WRIGHT argumenta que el problema de la separación fáctico en una lógica normativa debe ser entendido desde el punto de vista del sujeto normativo, cuyo lenguaje de necesidades prácticas es distinta del discurso prescriptivo.

Una necesidad práctica o deber técnico («*technical ought*», representado O_t) es aquello que se requiere para la satisfacción de un determinado fin, es decir, es algo que *precisa* (*tiene que*) ser (hecho) para que se alcance un determinado objetivo. El deber deóntico («*deontic ought*», representado por O_d) es una prescripción de la autoridad normativa dirigida al sujeto normativo, *i. e.*, aquello que es exigido *por alguien* y que, por tanto, *debe ser* (hecho). Las necesidades prácticas, al contrario de las prescripciones, son verdaderas o falsas respectivamente, si lo que precisa ser (hecho) es o no un medio para obtener el fin o resultado pretendido.

Desde el punto de vista de los sujetos normativos, el fin pretendido que consideraremos es la satisfacción (obediencia) al ordenamiento. Dado que el sujeto *precisa* obedecer las normas, si el antecedente *a* de una obligación condicional $Od(a \rightarrow c)$ es el caso, entonces el sujeto normativo extrae de ese *deber deóntico* condicional el deber técnico de hacer el consecuente, *i. e.* $O_t c$. Los deberes técnicos extraídos de los deberes deónticos guardan similitud con las propuestas lógicas de separar las obligaciones ideales (deberes deónticos) de las obligaciones actuales (los que si tiene que hacer frente a los factos para que se cumplan las reglas).

Regresando a la paradoja, esto significa que si 4 fuese el caso, entonces tenemos la siguiente regla técnica:

5. $O_t\, q$.

En lenguaje ordinario, si fuese el caso que «John embaraza a Suzy Mae», entonces: *(v)* «John *tiene que* casarse con Suzy Mae» [si quiere satisfacer las normas i)-iv)].

Con este recurso, VON WRIGHT entiende que disuelve la paradoja. Sin embargo, se podría considerar una ulterior objeción, opuesta por HANSEN (HANSEN, 1999), argumentando que de 1, 2 y la separación deóntica, se deriva:

6. $O_d \sim q$.

Es cierto que la conjunción de q y $\sim q$, «casarse y no casarse con Suzy Mae» expresa una contradicción proposicional, pero 5 y 6 todavía no expresan una contradicción normativa ya que los operadores modales son de diferente tipo (uno es deóntico y el otro es técnico). En el abordaje de VON WRIGHT, nada impide que de un deber deóntico «se extraiga» un deber técnico con el mismo contenido. Dado que $Od{\sim}q$ es el mismo que (es equivalente a) $Od\,(taut \rightarrow \sim q)$, cuando *taut*, podemos extraer la siguiente necesidad práctica:

7. $Ot \sim q$.

Tenemos, por tanto, dos necesidades prácticas inconsistentes y eso, ciertamente, entra en conflicto con nuestras intuiciones, pues no esperamos derivar de i)-iv) que *John tiene que casarse y no casarse con Suzy Mae*.

Pero, si tomáramos a la realizabilidad (*doability*) como patrón de racionalidad, es posible, usando un argumento del propio Jorg HANSEN, bloquear el último argumento y evitar el problema. Primero, porque si 4 fuese el caso, entonces la norma 1 es espuria ya que sería irracional exigir a John que regrese en el tiempo y evita el embarazo de Suzy Mae (HANSEN, 1999). Por tanto, bajo esa condición, solo la norma 2 valdría y de ella aisladamente no sería posible derivar 6. En segundo lugar, porque si 4 fuese el caso, entonces el antecedente de la obligación condicional 2 no sería el caso y, por ello, no surge la necesidad práctica de cumplir lo que tal norma exige, *i. e.* no casarse con Suzy Mae.

La solución de HANSEN parece estar centrada en el ejemplo específico de la paradoja. PRAKKEN y SERGOT sugieren una formulación de la paradoja de CHISHOLM desprovista de nociones temporales (de modo que la separación entre el tiempo de lo antecedente y del consecuente sea inútil) o de acción (de modo que no funciona la propuesta de limitarse el alcance del operador deóntico a acciones, tomando el antecedente del condicional como una proposición, CASTAÑEDA, 1981).

i) Prohibido los perros.
ii) Si no hay perros, no debe haber cartel de advertencia.
iii) Si hay perros, debe haber cartel de advertencia.
iv) Hay perros.

Usando LIN, derivamos el deber deóntico «no debe haber cartel de advertencia» (que sería el deber ideal), y también el deber técnico «tiene que haber cartel de advertencia» (que sería la exigencia actual). Mas por la técnica de extracción se obtiene también «que no debe haber cartel de advertencia» y no parece en este ejemplo que la regla ii) sea espuria. Aquí, el problema parece ser que VON WRIGHT admite libremente que los deberes ideales traduzcan exigencias actuales, independientemente de los hechos.

3.3. Condiciones de adecuación

En un detallado análisis de las diferentes propuestas de solución para la paradoja de CHISHOLM, CARMO y JONES (CARMO y JONES, 2002) señalan ocho requisitos de adecuación para la formalización de las obligaciones contrarias al deber:

i) Consistencia.
ii) Independencia lógica de las premisas.
iii) Siguiendo a PRAKKEN y SERGOT, aplicabilidad a ejemplos que sean independientes de las diferenciaciones temporales o de la naturaliza de la acción entre antecedente y consecuente.
iv) Estructura similar de formalización para las obligaciones condicionales normales y aquellas contrarias al deber.
v) Aptitud para derivar obligaciones ideales (separación deóntica).
vi) Aptitud para derivar obligaciones actuales (separación fáctica).
vii) Aptitud para representar el hecho de que se ha producido una violación de una obligación.
viii) Aptitud para evitar la «rareza pragmática» (*pragmatic oddity*), apuntada por PRAKKEN y SERGOT, 1994.

Algunos de estos requisitos merecen comentarios adicionales.

El requisito iv) se opone a la solución propuesta por PRAKKEN y SERGOT (PRAKKEN y SERGOT), en el que usan diferentes formulaciones para las obligaciones en contra del deber. CARMO y JONES (CARMO y JONES, 2002) apuntan a las dificultades que tiene trabajar con esa formalización, en la medida en que cada introducción de nueva norma en una base de datos cuyo antecedente sea la negación del contenido de una de las obligaciones ya existentes exigiría una reformulación de la representación de las normas condicionales de la base.

El requisito vii) se liga al desafío en expresar situaciones de violación de deberes al mismo tiempo que se admite la separación fáctica y deóntica, sin generar a partir del ejemplo un conflicto de obligaciones. El camino propuesto hasta aquí es separar obligaciones actuales de obligaciones ideales, lo que acaba por generar una combinación de modalidades.

La referencia respecto al requisito viii) es la crítica de PRAKKEN y SERGOT a la solución a la paradoja de CHISHOLM propuesta por JONES y PÖRN (JONES y PÖRN, 1985). JONES y PÖRN separan mundos ideales de mundos actuales que estarían potencialmente en mundos sub-ideales. En su formalización, «Debe haber cartel de advertencia [de la existencia de perros] se deriva de la condición de contrariedad al deber en todas las versiones ideales del mundo actual (de 2 y 4) y también que idealmente «No debe haber perros», lo que a pesar de no ser contradictorio, sería más bien extraño. Normalmente, en varios casos una diferenciación temporal de las obligaciones ideales podría dar cuenta del caso, pero el ejemplo presenta una regulación en la que esa diferenciación no procede.

La solución de VON WRIGHT, complementada por el argumento de HANSEN, satisface los requisitos i), ii), iv), v) y vi). Los requisitos v) y vi) pueden admitirse como superados, con el recurso a la derivación de deberes técnicos, que señalan cuáles son las *necesidades prácticas* actuales, como opuestas a las inferencias de deberes ideales.

Sin embargo, el argumento de HANSEN, al usar la noción de realizabilidad e identificar la primera norma como espuria para impedir la derivación que genera redundancia, traza una distinción temporal, aunque no sea formalmente expresada. Por ello, el argumento no satisface el requisito iii). Tampoco el requisito vii) es bien trabajado ya que aun cuando se obtenga la necesidad práctica adecuada a partir de la condición actual (Suzy Mae está embarazada/hay un perro), subsiste la necesidad práctica de no embarazar a Suzy Mae o de que no hayan perros, con lo que las necesidades prácticas no tratan solamente de las condiciones actuales sino también de las condiciones ideales. Por el contrario, también es posible derivar tanto la necesidad práctica de no embarazar Suzy Mae, a partir de (1), como la necesidad práctica de casarse con ella (de 4 y 3') con la extracción de la necesidad práctica correspondiente a 3», lo que genera la «extrañeza pragmática» y viola viii) desde la perspectiva de las reglas técnicas. Usando el ejemplo de PRAKKEN y SERGOT, tendríamos aquí tanto la necesidad práctica de que no haya perros, como la necesidad práctica de colocar un aviso sobre su existencia.

3.4. El problema de la inconsistencia racional

Hay todavía otra objeción más seria y general al tratamiento dado por VON WRIGHT a la lógica deóntica, que acaba por afectar su solución a la paradoja de CHISHOLM.

La obligación condicional 3', $Od\ (p \rightarrow q)$, es normativamente implicada por 1 ($Od{\sim}p$). Pero si eso es verdad, también es verdad, usando las mismas observaciones de PRIOR, que 1 implica normativamente:

3". $Od\ (p \rightarrow {\sim}q)$.

Quiere decir, se deriva que es obligatorio que John no se case con Suzy Mae en caso de que la embarazase. Es claro que eso no significa que «exista» 3' o 3" y no habría problemas con las aparentes paradojas del compromiso (*paradoxes of commitment*).

Sin embargo, supóngase un legislador, llamado Rex, que aspira a la racionalidad y que, para ello adopta el patrón de racionalidad propuesto por VON WRIGHT, pretendiendo promulgar solamente normas ejecutables. Conforme a ese patrón no hay

objeciones en promulgar, junto a la norma 1, las normas 3' y 3" conjuntamente. Ambas normas serían ejecutables, conforme al criterio empleado en la definición de inconsistencia deóntica.

Entonces, supóngase que Rex promulga la norma i) y las normas iii') y iii") como obligaciones contrarias al deber.

i) Es prohibido para John embarazar a Suzy Mae.
ii') Es obligatorio que si John embaraza a Suzy Mae, entonces se case con ella.
iii') Es obligatorio que si John embaraza a Suzy Mae, entonces no se case con ella.

Usando la formalización propuesta por VON WRIGHT, obtenemos la siguiente regulación emitida por Rex:

1. $Od{\sim}p.$
3'. $Od\ (p{\rightarrow}q).$
3". $Od\ (p{\rightarrow}{\sim}q).$

Supongamos entonces que John embaraza a Suzy Mae:

4. $p.$

Ahora, de 3' y 3" se «extraen» dos necesidades prácticas en conflicto:

5'. $Ot\ q.$
5". $Ot\ {\sim}q.$

Aquí aparece el problema. La idea fundamental del nuevo abordaje de VON WRIGHT es que el legislador racional jamás podría colocar a los sujetos normativos en una situación en la que cualquier curso de acción que se produzca sea al mismo tiempo «correcto» y «equivocado», ya que fallaría como guía de la conducta de sus súbditos. Pero eso es exactamente lo que ocurre cuando John *tiene que* ejecutar las necesidades prácticas 5' y 5". Entonces, la regulación 1, 3', 3" debería indicar una irracionalidad en la voluntad de Rex (al menos si 4 fuese el caso), lo que infelizmente no se produce. Rex continua siendo racional si aceptamos el patrón de irracionalidad tal como ha sido propuesto por VON WRIGHT. Llamaremos a esa nueva dificultad «el problema de la inconsistencia racional».

4. CONSISTENCIA CONDICIONAL

El problema de la inconsistencia racional es más general que la paradoja de CHISHOLM, dado que se produce tan solo con 3', 3" y 4, sin necesidad de recurrir a una regulación contraria al deber. Sin embargo, esto es crítico para VON WRIGHT ya que no permite una representación satisfactoria de las obligaciones contrarias al deber y, aparte de eso, muestra que el criterio de racionalidad adoptado falla en su propósito, ya que es posible formular una regulación de la que se extraen necesidades prácticas contradictoria, que, a pesar de ello, llevarían el sello de la racionalidad.

De esa manera, VON WRIGHT enfrenta un dilema: o abandona la estrategia de «extracción» de necesidades prácticas a partir de deberes deónticos (y, por tanto, la paradoja de CHISHOLM permanece sin resolución satisfactoria en su lógica de implicación normativa); o abandona el patrón de ejecutabilidad tal como fue definido.

La raíz del problema está en el conflicto entre la propuesta de formalización de obligaciones condicionales (con el uso de la implicación material en el alcance del operador deóntico) y la definición de consistencia de VON WRIGHT, que no tiene una clausula referida a las condiciones de aplicación de obligaciones o permisiones.

Como consecuencia, la definición de consistencia dice que la conjunción de contenidos normativos de un conjunto de obligaciones no puede representar una contradicción proposicional sin que se comprometa la racionalidad del legislador. Pero, como la obligación condicional se formaliza por medio de la implicación material, $O_d(a \rightarrow b)$, el contenido de tal obligación es dado por el estado de cosas $(a \rightarrow b)$ y no se hace explícito que a sea una condición para la obligación $O_d b$. Como en la lógica proposicional clásica, $a \rightarrow b$ no contradice al estado $a \rightarrow \sim b$, entonces el conjunto $N=\{O_d(a \rightarrow b), O_d(a \rightarrow \sim b)\}$ es resultado de la legislación racional, en virtud del criterio de consistencia de VON WRIGHT.

Hay que notar que la negación aplicada al contenido de la obligación (permisión) condicional no distingue la «condición de aplicación» del «alcance» de la obligación. Si el alcance de la obligación es una implicación material y se pretende decir que solo el consecuente es obligatorio hay un precio que pagar con relación a la extensionalidad del lenguaje, *i. e.* con relación a la posibilidad de la sustitución de equivalentes.

Por ejemplo, sabemos que $a \rightarrow \sim b$ es equivalente en la lógica clásica a $\sim(a \wedge b)$. Si en la primera formulación, el alcance de la obligación fuese $\sim b$, dada su estructura condicional eso no sería el caso en la segunda que, a pesar de tener el mismo significado, no tiene estructura condicional. Por ello, si alteramos la definición de consistencia o la noción de norma-negación de forma que se aplicase solamente al consecuente como alcance de la obligación deóntica, entonces, $N=\{O_d(a \rightarrow b), O_d(a \rightarrow \sim b)\}$ seria inconsistente, pero $N=\{O_d(a \rightarrow b), O_d(\sim(a \wedge b))\}$ no lo sería. Eso significa que la formulación lingüística de la norma pasaría a tener relevancia para la noción de conflicto normativo y, consecuentemente, para la noción de implicación entre normas (dado que esta última es definida a partir de aquella).

En la formulación original de su sistema de lógica deóntica diádica, VON WRIGHT admitió una forma de interdefinibilidad entre permisión y obligación condicional, introduciendo el operador P de permisión por medio de la definición $P(a/b)=\sim O(\sim a/b)$, es decir, «a es permitido si b fuese el caso» significa lo mismo que «a no es prohibido si b fuese el caso».

La interdefinibilidad entre permisión y prohibición se liga al postulado de completitud, dado que es necesaria para derivar $Oa/b \vee O\sim a/b \vee (Pa/b \vee P\sim a/b)$, esto es, para una condición b cualquiera, cualquier estado a es obligatorio, prohibido o facultativo. Postular que no hay contradicción entre obligaciones y prohibiciones $\sim(Oa/b \vee O\sim a/b)$ merece más atención. Si lo aceptasemos, junto con el postulado intuitivo del refuerzo del antecedente $(Oa/b \rightarrow Oa/b \wedge c)$, esto es, que «$b$» es una condición suficiente para la obligación de «a», aparece una dificultad para la representación de las obligaciones contrarias al deber respecto a condiciones independientes. Ello ocurre porque $(Oa/b \wedge O\sim a/c)$ se deriva $(Oa/b \wedge c) \wedge (O\sim a/b \wedge c)$.

Esta constatación fue una divisoria entre dos tradiciones en lógica deóntica díadica: la tradición de VON WRIGHT (1964; 1965), que niega el postulado de no contra-

dicción para las obligaciones condicionales y la tradición de HANSSON (1971), que abandona la regla del fortalecimiento del antecedente.

Por otro lado, el postulado de no contradicción para una misma condición, tampoco consiente la reducción del condicional deóntico a la implicación material.

Aún más, un problema ligado al uso de la implicación material, en el último abordaje de VON WRIGHT, aparece en el método propuesto para la separación fáctica por medio de la extracción de deberes técnicos, que son necesidades prácticas para el cumplimiento de las prescripciones condicionales.

Jorg HANSEN argumenta que, desde el punto de vista de los sujetos normativos, una obligación de la $O_d(a \rightarrow b)$ puede ser obedecida evitando que a sea el caso. En otras palabras, la obligación genera no solo una necesidad práctica de hacer b si a fuese el caso, *i. e.* se extrae no solo $a \rightarrow O_t b$, sino también una necesidad práctica de que $\sim a$ sea el caso, *i. e.* se extrae también $O_t \sim a$. Ahora bien, *per se*, esto no llega a ser problemático, pero abre algunas puertas para una serie de ejemplos contra-intuitivos. Así, en el ejemplo del kindergarten de HANSEN, tenemos que de la obligación del director de una escuela pública de garantizar una plaza para cada niño nacido en una cierta comunidad, ¡puede extraerse la necesidad práctica de distribuir anticonceptivos!

VON WRIGHT, ciertamente, permite esa interpretación cuando concede que de Oda se puede extraer $taut \rightarrow O_t a$ y, consecuentemente, $O_t a$. Por tanto, también es posible extraer de $O_d(a \rightarrow b)$, la necesidad práctica $O_t(a \rightarrow b)$. Entonces, hacer que $\sim a$ sea el caso es un medio para satisfacer esa necesidad práctica. Pero, al mismo tiempo, VON WRIGHT reconoce que al similar al ejemplo del kindergarten no sería una «reacción apropiada a la prescripción» (HANSEN, 2001).

Es posible reconstruir el método de extracción de necesidades prácticas con cláusulas recursivas que permitan separar únicamente el consecuente de la implicación material (MARANHÃO, 2010). Sin embargo, al hacerlo de ese modo, se desnaturaliza una vez más la implicación material, como tal, para los deberes técnicos.

Por ello, para lidiar con el problema de la inconsistencia racional y el del Kindergarten de HANSEN, exploraremos una versión diádica de la lógica de la implicación normativa.

5. LÓGICA DE IMPLICACIÓN NORMATIVA DIÁDICA

Para obtener el lenguaje de LIN_{dy} basta sustituir la cláusula de los operadores deónticos en la definición de FN por

i) Si a y b son contenidos normativos (*i. e.* $a,b \in FC$) entonces, Oa/b y Pa/b son formulaciones normativas (*i. e.* $Oa/b, Pa/b \in F_N$).

Así como ocurre en LIN, no son bien formadas sentencias deónticas con conectivos booleanos fuera del alcance de los operadores modales. Se definen los operadores monádicos de modo usual:

$Oa =_{df} Oa/taut$

$Pa =_{df} Pa/taut$

Para superar el problema de la inconsistencia racional, además de la interdefinibilidad entre permisión y obligación diádica, la lógica de la implicación normativa diádica tendría que validar un postulado análogo al esquema D:

(D) $O(a/b) \Rightarrow_{dy} P(a/b)$

En el abordaje de VON WRIGHT, el esquema no significaría que existiese un permiso condicional con tal efecto en el ordenamiento, sino solo que, si el legislador exige la realización de *a* cuando *b* fuese el caso, sería irracional exigir *~a* para esa misma condición, lo que parece intuitivo.

Para validar D, tenemos que proceder a la siguiente reconstrucción de las definiciones claves de VON WRIGHT. Primero, para un conjunto N de normas, definimos su «cuerpo» de condiciones y su «cabeza» de consecuencias.

$Nb = \{x{:}O(b/x) \text{ o } P(b/x) \in N\}$

$Nh = \{y{:}\ Oy/b \text{ o } Oy/b \in N\}$

En seguida, se define una versión diádica de inconsistencia de un conjunto de normas, ligado a una determinada condición.

Definición de inconsistencia diádica. Sea $N \subseteq F_N$ y $b \in FC$. Entonces, *N* es dy-inconsistente con respecto a *b* (inc_{dy} (N/b)) si, y solamente si, existe $M=\{Oa_1/b_1,\ldots, Oa_n/b_n\} \subseteq N$ o $M=\{ Oa_1/b_1,\ldots, Oa_n/b_n, Px/y\} \subseteq N$ tal que: i) $b \Rightarrow \wedge(M_b)$[3] y ii) $Mh \Rightarrow \bot$. En caso contrario *N* es dy-consistente para *b*.

Hay que destacar que la condición de la norma derivada a ser testeada determina las reglas que son «activadas». Las reglas «activadas» son aquellas que tienen su antecedente derivado por i). Solamente las reglas activadas tienen su consecuente testado como la negación hipotética de la norma derivada, conforme con la cláusula ii). Con estas cláusulas, la definición se aproxima al mecanismo de inferencia usado por MAKINSON y VAN DER TORRE para las lógicas *input/output* (MAKINSON y VAN DER TORRE, 2000), pero ya se incluye aquello que sería el «generador» de consecuencias, tanto obligaciones como permisiones. Recordemos que aquí, el test no se interpreta como generador de consecuencias, ya que las reglas derivadas no tienen estatus ontológico propio, sino que solo indica que sería irracional regular la conducta en sentido opuesto.

El problema de la inconsistencia racional es removido con esta definición. Basta verificar que inc_{dy} $(\{O(\sim a/b), O(a/b)\}/b)$. Es posible incrementar la exigencia de que la condición determinante para el test de consistencia no sea una contradicción, con el objetivo de evitar que una regulación como $\{O(\sim a/b), O(a/\sim b)\}$, que atribuye obligaciones contrarias a situaciones mutuamente excluyentes, sea considerada una forma de legislación irracional para $b \wedge \sim b$. O sea, evitar que valga $inc_{dy}(N/\bot)$ sse $Nh \Rightarrow \bot$. Como el objetivo del test de consistencia sería determinar cuáles son obligaciones legislables

[3] $\wedge(M_b)$ es la conjunción de todos los elementos de M_b.

para determinadas condiciones hipotéticas, una condición hipotética contradictoria sería simplemente excluida como una posibilidad de derivación: no cabe validar la racionalidad del legislador con hipótesis irracionales

Introducimos, entonces, la función de negación en el lenguaje diádico:

$_{dy}neg((O(b/a))= df\ P(\sim b/a)$
$_{dy}neg((P(b/a))= df\ O(\sim b/a)$

Ahora definimos la implicación diádica, haciendo que la condición de la norma derivada determine el tipo de inconsistencia testeada para la base de normas consideradas, esto es:

Definición de implicación deóntica diádica ($\Rightarrow_{dy}$): Considérese $N \subseteq FN$ y $\Delta(a/b) \in F_N$, *donde* $\Delta \in \{O,P\}$. Entonces $N \Rightarrow_{dy} \Delta(a/b)$si, y solamente si, $inc_{dy}(N \cup \{_{dy}neg(\Delta(a/b)\}/b)$.

Como se puede verificar fácilmente, LIN_{dy} confirma el esquema D, junto a los siguientes esquemas estructurantes de la lógica deóntica diádica:

(CO) $O(a \rightarrow b/c),\ O(a/c) \Rightarrow_{dy} O(b/c)$ (principio de consecuencia de obligaciones)
(AO) $O(a/c),\ O(b/c) \Rightarrow_{dy} O(a \wedge b/c)$ (principio de agregación de obligaciones)

Esos dos principios muestran que, fijada una condición, la «base» del cuerpo de reglas operará de forma similar a la versión monádica de LIN. Dada una cierta condición, las consecuencias lógicas de las obligaciones son obligatorias, en el sentido de que permitir su omisión será irracional. También vale en LIN_{dy}, el principio del refuerzo del antecedente, lo que junto a D, trae nuevamente el dilema que separo las dos tradiciones en la lógica deóntica diádica.

(SA) $O(a/b) \Rightarrow_{dy} O(a/b \wedge c)$

Las reglas que están más abajo, válidas en LIN_{dy}, muestran que la forma lógica de las condiciones de las normas y de su contenido (alcance) no es irrelevante

Si $\varnothing \Rightarrow a \leftrightarrow b$, entonces $O(c/a) \Rightarrow_{dy} O(c/b)$ y $O(c/b) \Rightarrow_{dy} O(c/a)$
Si $\varnothing \Rightarrow a \leftrightarrow b$, entonces $O(a/c) \Rightarrow_{dy} O(b/c)$ y $O(b/c) \Rightarrow_{dy} O(a/c)$

6. LA PARADOJA DE CHISHOLM Y LA LÓGICA DE LA IMPLICACIÓN NORMATIVA DIÁDICA IDEALIZADA

A primera vista, LIN_{dy} parece inadecuada frente al ejemplo de CHISHOLM, por el simple hecho de que no admite separación fáctica, ni deóntica. En efecto, en LIN_{dy} no valen:

(DD) $Oa,\ O(b/a) \Rightarrow_{dy} Ob$
(FD) $a, O(b/a) \Rightarrow_{dy} Ob$

Hay que notar que FD ni tan siquiera es una fórmula bien formada, ya que LIN_{dy} opera solamente con formulaciones normativas, y que DD no se sigue ya que una

condición determinante del test de consistencia es *taut*, de modo que la premisa condicional no es activada.

Sin embargo, recordemos que al igual que LIN, LIN_{dy} no contempla supuestos ontológicos acerca de las normas derivadas. Estas solo representan cuestiones acerca de que sería racional exigir o permitir a partir de ciertas premisas normativas. El objetivo primordial de VON WRIGHT con LIN era proporcionar lo que WITTGENSTEIN llamaba presentación panorámica del uso ordinario del lenguaje, es decir, presentación de conexiones desapercibidas en el lenguaje ordinario, que pueden evidenciar naturalmente que el problema filosófico no se presenta. En relación con CHISHOLM, la propuesta de VON WRIGHT consistía en diferenciar el contexto ideal del contexto actual, mediante la distinción entre deberes deónticos y técnicos. Los deberes deónticos parten de la perspectiva del legislador que, se asume idealmente, pretende ver obedecidas a sus ordenes y aprovechados sus permisos y, como mínimo de racionalidad, desea ofrecer un conjunto de obligaciones y permisiones realizables. Los deberes técnicos son considerados desde la óptica de los sujetos normativos, que se preguntan qué, de hecho, tienen que hacer (necesidades prácticas) para obedecer las órdenes y aprovechar los permisos. Hay que recordar asimismo que LIN no permite la separación fáctica, lo que ocurre solamente en el contexto actual de los deberes técnicos y de la perspectiva de los sujetos normativos.

Por ello, en un contexto deónticamente ideal, se asume que se cumple con todas las obligaciones que se tienen oportunidad de cumplir sin que se impida un aprovechamiento de cada uno de los permisos. Sobre la base de este presupuesto se erige el test de consistencia, lo que daría una variación LIN_{dy}, que podemos llamar «lógica de implicación normativa diádica ideal», LIN_{idy}.

En LIN_{idy}, la idea básica es sumar a la condición $b \in Fc$ que determina el test de consistencia, la aserción de que el contenido de las obligaciones y de cada una de las permisiones contenidas en un conjunto N es satisfecho en relación a las oportunidades creadas por la condición determinante. Para la verificación de las reglas son «activadas» por la condición determinante y el cumplimiento de las obligaciones vigentes obviamente no se considera a la norma derivada hipotética cuya racionalidad se pretende poner a prueba. Esta salvaguarda tiene el inconveniente de vincular el test de consistencia a la norma derivada cuya racionalidad se indaga. La implicación es definida a partir de un conjunto de normas (vigentes), una norma (implicada) y determinada condición (respecto de la norma implicada).

Definición de implicación deóntica diádica idealizada ($\Rightarrow_{idy}$).

Considérese $N \subseteq F_N$, $\Delta(a/b) \in FN$, *donde* $\Delta \in \{O,P\}$. *Entonces:*

a) N es idy-inconsistente con respecto a b (inc_{idy} (N/b)) si y solamente si, existe $M=\{Oa_1/b_1,..., Oa_n/b_n\} \subseteq N$ o $M=\{Oa_1/b_1,..., Oa_n/b_n, Px/y\} \subseteq N$ tal que i) $(M/_{dy}neg\Delta(a/b))b \cup b \Rightarrow \vee(Mb)$ y ii) $Mb \Rightarrow \perp$.

En caso contrario, N es idy-consistente para b.

b) $N \Rightarrow_{id} y \Delta(a/b)$ si y solamente si $inc_{idy}(N \cup \{_{dy}neg(\Delta(a/b)\}/b)$.

Es fácil verificar que verificar que en LIN_{idy} vale DD.

Se puede decir que en un contexto ideal, en $LINi_{dy}$, se asume que las obligaciones son cumplidas. Este presupuesto, sin embargo, puede ser derrotado frente a los contextos actuales, que es justamente lo que ocurre con la paradoja de CHISHOLM, que se retoma abajo en la versión de PRAKKEN y SERGOT:

1. Prohibido los perros.	$O{\sim}p$
2. Si no hay perros, no debe haber un cartel de advertencia.	$O({\sim}a\ /{\sim}p)$
3. Si hay perros debe haber un cartel de advertencia.	$O(a/p)$

En LIN_{idy}, se obtiene:

$1,2,3 \Rightarrow_{idy} O{\sim}a$

El significado de esta derivación es que sería irracional permitir el cartel de advertencia sobre perros si es que están prohibidos los perros, cuando se asume que el deber fue cumplido. Por otro lado, en LIN_{idy}, no es irracional (resultado de la legislación inconsistente), el conjunto de las tres reglas 1, 2, 3 (en el caso en que se excluyan las condiciones contradictorias para el test de consistencia, como fue sugerido anteriormente).

Ese es el contexto ideal de preguntas de acuerdo con la perspectiva de la racionalidad del legislador. Hay que notar que en la lógica de la implicación normativa idealizada, no entran en juego las premisas fácticas.

Sin embargo, en el cuadro de necesidades práctica para el sujeto normativo para cumplir con el ordenamiento, la pregunta es acerca de cuáles reglas compatibles con el contexto actual pueden ser cumplidas, lo que significa la «extracción» de deberes técnicos (actuales) debe partir de una restricción al conjunto original de obligaciones/permisiones. La restricción obvia consiste en no considerar reglas que deriven obligaciones inconsistentes con la premisa fáctica (en concreto, esas no pueden ser cumplidas). De ese modo, se define la función de extracción de deberes técnicos *«Ot»* para un conjunto de normas, con ayuda de un operador de contracción.

Definición de conjuntos normativos saturados. Dado un conjunto de normas $N \subseteq FN$ y una premisa fáctica $b \in FC$, la familia de conjuntos normativos b-saturados de N es dado por $sat(N,b)=\{N' \subseteq N;$ no ocurre $N' \Rightarrow i_{dy} O{\sim}b;$ y N' es el mayor conjunto que satisface esas condiciones$\}$.

Nótese que todo $N' \in sat(N,b)$ es normativamente consistente.

Definición de la función de extracción de deberes técnicos. Dado un conjunto de normas $N \subseteq FN$ y una premisa fáctica $b \in FC$. Entonces, la función de extracción Ot: $P(F_N) \times F_C \rightarrow P(F_C)$ es tal que $Ot(N,b)=\{x$: $N' \Rightarrow i_{dy} Ox/y,$ tal que $b \Rightarrow y$ e $N' \in sat(N,b)\}$.

O sea, la función de extracción selecciona un conjunto dentro de una familia de subconjuntos normativos saturados (que tienen un contenido obligacional consistente) en relación al contexto fáctico que se presenta. De ese conjunto normativo saturado, solo el contenido de obligaciones aplicables al contexto fáctico necesitan ser cumplidas, *i. e.* constituyen deberes técnicos.

Retomando el ejemplo de PRAKKEN y SERGOT, se obtiene que $Ot(N,p)=\{a\}$, o sea, la necesidad práctica para el caso de que haya perros es que haya cartel de advertencia.

Por otro lado, $Ot(N,\sim p)=\{\sim p, \sim a\}$, lo que muestra el hecho de que para los casos en los que no hay inconsistencia entre los contenidos normativos del ordenamiento N, el conjunto de deberes técnicos corresponde al conjunto de deberes deónticos monádicos derivados de N en $LINi_{dy}$, es decir, si $\cap sat(N,b)=\{N\}$, entonces $Ot=\{x: N\Rightarrow i_{dy}\ Ox\}$. En la hipótesis de conflicto entre el conjunto de normas N y la premisa fáctica y, se obtiene $\cap sat(N,y)\subset N$.

7. CONCLUSIÓN

El desarrollo de LIN_{idy}, junto a la función de extracción de deberes técnicos Ot, tuvo por objetivo evitar el problema de la inconsistencia racional y el del Kindergarten. Acerca de la inconsistencia racional, el problema estaba en la caracterización de las exigencias en conflicto bajo una misma condición como algo que podría ser el resultado de una legislación racional cuando, desde el punto de vista de los sujetos normativos, se generarían dos necesidades prácticas que no pueden ser realizadas bajo esa condición. Con relación al Kindergarten, el problema estaba en la posibilidad de que los sujetos normativos atendiesen la exigencia práctica de una norma condicional impidiendo la ocurrencia del antecedente. Al mismo tiempo, el objetivo era mantener la interpretación del sistema lógico siguiendo una intuición no comprometida con el status ontológico de las normas derivadas, que fuese capaz de distinguir deberes deónticos derivados como hipótesis de racionalidad del legislador de los deberes técnicos en tanto que necesidades prácticas extraídas de los ordenamientos. Por otro lado, la solución de VON WRIGHT para la paradoja de CHISHOLM, al igual que la reconstrucción de HANSEN, parecen asumir una diferencia temporal.

Como hemos visto anteriormente, LIN_{idy}, junto a la función de extracción de deberes técnicos Ot, supera el problema de la inconsistencia racional y del Kindergarten. En relación a los criterios de adecuación de CARMO y JONES (2002), hay que señalar lo siguiente:

i) Las premisas son consistentes, en el sentido de que el conjunto normativo de CHISHOLM no representa el resultado de una legislación racional, siempre que la condición determinante del test de consistencia no sea contradictoria.

ii) Las premisas son lógicamente independientes entre sí, teniendo en cuenta que solamente se derivan de conjuntos normativos (de modo que la premisa fáctica no contribuye en cualquier derivación normativa).

iii) La solución se aplica a ejemplos independientes de diferenciaciones temporales o de la naturaleza de la acción que enlaza antecedente y consecuente.

iv) Las obligaciones deónticas en condiciones normales y aquellas que surgen en condiciones contrarias a deber reciben la misma formalización en LIN_{idy}.

v) En LIN_{idy} se pueden derivar obligaciones ideales (separación deóntica).

vi) La función Ot tal como definida en LIN_{idy} admite derivar obligaciones actuales (separación fáctica).

vii) El hecho de que se ha producido una violación de una obligación está representado por la hipótesis en que es el caso que $Ot(N,y) \neq \{x: N \Rightarrow_{idy} Ox\}$, que es un caso en el que *y* constituye una violación del conjunto de normas y, por tanto, $\cap sat(N,y) \subset N$.

viii) La «rareza pragmática» no emerge en LIN_{idy} ya que solo se deriva una necesidad práctica de tener en cuenta al contenido de la obligación contraria al deber y no un deber deóntico, que pudiese colocarse junto al deber deóntico violado. O sea, de acuerdo con el ejemplo de PRAKKEN y SEGOT, no se sigue en LIN_{idy} que hay un deber deóntico de que no haya perros junto al deber de colocar un cartel de advertencia. Frente al hecho de que hay un perro se deriva solo el deber deóntico de que no haya perros (*i. e.*, el legislador no podría racionalmente permitir perros) y la necesidad práctica de colocar un cartel que advierta de que hay perros, si los hubiese.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C., 1993: «Philosophical foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J.-J. Ch. MEYER y J. R. WIERINGA (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification,* John Wiley & Sons, 43-84.

ÅQVIST, L., 1987: «An Introduction to Deontic Logic and the Theory of Normative Systems», en *Indices*, Monographs in Philosophical Logic and Formal Linguistics, Naples: Bibliopolis.

CARMO, J., y JONES, A. J. I., 2002: «Deontic Logic and contrary-to-duties», en D. GABBAY y F. GUENTHNER (eds.), *Handbook of Philosophical Logic*, vol. 8, 265-343.

CASTAÑEDA, H.-N., 1981: «The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 37-86.

CHISHOLM, R. M. , 1963: «Contrary to Duty Imperatives and Deontic logic», *Analysis,* 24, 33-36.

HANSEN, J., 1999: «Are there Paradoxes of Commitment in Professor von Wright's Logic of Norms?», en G. MEGGLE (ed.), *Action, Norms, Values: discussions with Georg Henrik von Wright,* Walter de Guyter.

HANSSON, B., 1971: «An analysis of some deontic logics», en R. HILPINEN (ed.), *Deontic Logic: introductory and systematic readings,* Dordrecht, D. Reidel, 121-147.

HILPINEN, R., y FOLLESDAL, D., 1971: «Deontic Logic: an introduction», en R. HILPINEN (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, D. Reidel Publishing Company.

JØRGENSEN, J., 1937-1938: «Imperatives and Logic», *Erkenntnis,* 7: 288-296.

JONES, A. I., y PORN, I., 1985: «Ideality, sub-ideality and deontic logic», *Synthese*, 65, 275-290.

LOWER, B., y BELZER, M., 1983: «Dyadic deontic detachment», *Synthese*, 54, 295-318.

MAKINSON, D., 1999: «On a fundamental problem of deontic logic», en P. MCNAMARA y PRAKKEN (eds.), *Norms, Logics and Information Systems*, Amsterdam, IOS.

MAKINSON, D., y VAN DER TORRE, L., 2000: «Input/Output Logics», *Journal of Philosophical Logic*, 29, 383-408.

MARANHÃO, J., 2002: «Von Wright's sceptic turn on the logic of norms and the problem of gaps in normative systems», en *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie-ARSP,* vol. 88, Heft. 02, 217-229.

— 2009: «Von Wright's Therapy to Jorgensen's Syndrome», en *Law and Philosophy*, 28: 163-201, Springer.

— 2010: «Condicionalidade e a lógica de implicação normativa de von Wright», *Revista Brasileira de Filosofia*.

PRAKKEN, H., y SERGOT, M. J., 1996: «Contrary-to-duty obligations and defeasible deontic reasoning», *Studia Logica*, 57, 91-115.

— 1997: «Dyadic deontic logic and contrary-to-duty obligations», en D. NUTE (ed.), *Defeasible Deontic Logic,* Synthese Library, 223-262.

ROSS, A., 1941: «Imperatives and Logic», *Theoria,* 7, 53-71.

VON WRIGHT, G. H., 1951: «Deontic Logic», *Mind*, 60:1-15.

— 1964: «A New System of Deontic Logic», *Danish Yearbook of Philosophy*, vol. 1, 173-182.

— 1965: «A Correction to a New System of Deontic Logic», *Danish Yearbook of Philosophy*, vol. 2, 103-107.

— 1983: «Norms, Truth and Logic», en *Practical Reason. Philosophical Papers,* vol. 1, Oxford: Basil Blackwell, 130-209.

— 1985: «Is and Ought», en E. BULYGIN (ed.), *Man, law and other forms of life*, Reidel, 263-281.

— 1991: «The Foundations of deontic logic- a critical survey», en J. J. MEYER y WIERINGA (eds.), *Proceedings of ΔEON'91.*

— 1991: «Is there a logic of Norms?», *Ratio Juris,* 4: 265-283.

— 1996: «Referências são feitas à versão reimpressa», en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, vol. 60.

— 1997: «On Norms and Normpropositions», en *The Reasonable as Rational?*, Festschrift in honour of Aulis Aarnio, ed. Werner Krawietz u.a.. Dunker & Humboldt. 1997.

— 1999a: «Deontic Logic: as I see it», en P. MCNAMARA y H. PRAKKEN (eds.), *Norm Logics and Information Systems (ΔEON'98)*, Amsterdam IOS, 15-25.

— 1999b: «Value, Norm and Action in my Philosophical Writings», en G. MEGGLE (ed.), *Action, Norms, Values: discussions with Georg Henrik von Wright,* Walter de Guyter.

VON WRIGHT SOBRE «AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR» *

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

Wenn er Pflicht ist, auch erreichbar sein muß.

(KANT AA VIII, 1796: 418)

RESUMEN. En este artículo, el autor presenta las ideas centrales de VON WRIGHT acerca de la existencia de las normas, tal y como aparecen reconstruidas por ALCHOURRÓN y BULYGIN. A continuación se expone la reconstrucción del principio kantiano, *debe implica puede,* llevada a cabo por VON WRIGHT. Se dan razones para aceptar la lectura de VON WRIGHT con arreglo a la cual el principio establece algunas de las condiciones de existencia de las normas. Contra ALCHOURRÓN y BULYGIN, se arguye que dicha idea comporta que, por razones conceptuales, los sistemas normativos no pueden contener normas contradictorias.

Palabras clave: Georg Henrik VON Wirght, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, principio kantiano, existencia de normas, antinomias normativas.

Von Wright on «Ad impossibilia nemo tenetur»

ABSTRACT. In this paper, the author introduces the main ideas of VON WRIGHT on the existence of norms, as they are reconstructed by ALCHOURRÓN and BULYGIN. Then a reading of the so-called Kantian principle, *ought entails can,* is presented following VON WRIGHT. Some reasons are given in favour of the acceptance of this reading, in accordance which the principle put partial conditions for the existence of norms. Against ALCHOURRÓN and BULYGIN it is argued that such idea entails that, for conceptual reasons, normative systems cannot contain contradictory norms.

Keywords: Georg Henrik VON WIRGHT, Carlos ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN, Kantian principle, existence of norms, normative antinomies.

---

* Fecha de recepción: 22 de julio de 2016. Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2016.

Quiero agradecer los comentarios de mis amigos Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan RUIZ MANERO a una primera versión de este trabajo, sin los cuales no habría recordado ni la relevancia de la réplica de von WRIGHT a los autores argentinos ni la importancia en *Normative Systems* de la noción de sistemas normativos puros, ni la necesidad de insistir en la relación entre la existencia y la racionalidad de los corpora normativos, entre otras cosas. Una versión de este trabajo fue presentado en una mesa redonda dedicada a conmemorar el centenario de von WRIGHT en el XII Congreso hispano-italiano-luso-francés de Teoría del Derecho en Lisboa, en junio de 2016, organizado por el Prof. DUARTE, al que quedo agradecido igual como a los demás participantes del congreso por sus sugerencias y comentarios, en especial a Eugenio BULYGIN que, aunque claramente en contra de lo que aquí defiendo, ha sido tan amable como siempre comentándolo de palabra y por escrito. La investigación se ha beneficiado de la ayuda financiera del Ministerio español de Economía y Competitividad y de la AGAUR de la Generalitat de Cataluña a los proyectos de investigación DER 2013-48066-C2-1-R y SGR 626. 2014-2, respectivamente.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.06

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda alguna de que Georg Henrik VON WRIGHT (1916-2003) fue uno de los filósofos más relevantes de su tiempo, fue el sucesor de WITTGENSTEIN en la cátedra de Cambridge y uno de los tres albaceas de su legado intelectual. Sin embargo, tal vez porque regresó a Helsinki a mitad de los años cincuenta y permaneció desde entonces algo alejado de los focos filosóficos más relevantes de su tiempo (como el mismo Cambridge, Oxford o Harvard), su obra no es tan conocida como su agudeza y originalidad filosófica merecen. Pondré solo dos ejemplos: *a)* la vaguedad de nuestros conceptos vuelve a ser un tema central de análisis en la filosofía del lenguaje (y también en la metafísica y la epistemología actual), tal vez el libro fundamental de Timothy WILLIAMSON (1994) tenga mucho que ver con ello. Sin embargo, en este debate VON WRIGHT suele estar ausente, a pesar de que a comienzos de los años ochenta publicó un trabajo (VON WRIGHT, 1984b) sobre las denominadas lógicas de la verdad que puede contemplarse como un enfoque semántico del problema que trata de hacer compatible la lógica clásica con la aceptación de proposiciones que carecen de valor de verdad. Contaré una anécdota al respecto: Pablo NAVARRO y yo llamamos la atención a Timothy ENDICOTT[1] sobre este trabajo en Oxford en 1995, trabajo que él —como casi todo el mundo en Oxford— desconocía a pesar de haber sido publicado la década anterior por Basil Blackwell en Oxford. *b)* Muchos autores ahora reivindican la denominada teoría *minimalista* (también *deflacionaria*) de la verdad (véase el influyente HORWICH, 1990), pues bien se trata de una concepción anticipada por VON WRIGHT con argumentos similares a los de HORWICH también a comienzos de los ochenta del pasado siglo (VON WRIGHT, 1984a). Tampoco en este caso este precedente es casi nunca reconocido[2].

Por fortuna, en el ámbito de la filosofía jurídica de los países latinos su obra ha tenido más lectores y un lugar central. Eso se debe fundamentalmente al hecho de que Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN lo tomaron como inspiración de su teoría de los sistemas normativos (1971). Además ALCHOURRÓN y BULYGIN escribieron en 1973 (ALCHOURRÓN-BULYGIN, 2015: 90) un trabajo sobre la filosofía del derecho del pensador finlandés, un trabajo que para mí es un ejemplar afortunado de claridad, originalidad y agudeza filosófica. De hecho, cuando fui invitado a esta mesa redonda, creía que nada podía añadir al retrato fiel —que les sirve para presentar algunas ideas de su propia concepción— de los iusfilósofos argentinos. Sin embargo, hay un punto que considero relevante, y que ellos apuntan pero no desarrollan (ALCHOURRÓN-BULYGIN, 2015: 90), que es la relación entre el principio kantiano *debe implica puede*, o dicho como los juristas romanos *ad impossibilia nemo tenetur*, y la *existencia* de las normas.

Presentaré, en primer lugar, las ideas centrales de VON WRIGHT (1963: cap. 7) acerca de la existencia de las normas tal y como son reconstruidas por ALCHOURRÓN y

[1] Como él reconoce amablemente en ENDICOTT (2000: 67 nota 28). Después Pablo NAVARRO, Cristina REDONDO y yo usamos las ideas de VON WRIGHT para tratar algunos problemas de teoría general del derecho, como las lagunas y las antinomias (MORESO-NAVARRO-REDONDO, 2001; 2002; 2003).

[2] Ni en HORWICH (1990), ni en, por ejemplo, la entrada de la *Stanford Encyclopedia* (STOLJAR-DAMNJANOVIC, 2014) dedicada a la teoría deflacionista de la verdad, en los cuales VON WRIGHT está ausente.

BULYGIN (2015). En segundo lugar, me referiré al principio kantiano y a su significado con arreglo a las ideas de VON WRIGHT. En tercer lugar, presentaré algunas consecuencias que se siguen de estas ideas de VON WRIGHT acerca del principio y su imbricación con la noción de existencia de las normas. Después, me referiré a las consecuencias de la posición de VON WRIGHT para la cuestión de las antinomias en los sistemas normativos. Y, finalmente, concluiré.

2. ALCHOURRÓN Y BULYGIN SOBRE VON WRIGHT

Las ideas de VON WRIGHT sobre la existencia de las normas se hallan fundamentalmente en el cap. 7 de *Norm and Action* (1963). Aquí VON WRIGHT se refiere en especial a la noción de existencia de las *prescripciones*, de órdenes emitidas por ciertas autoridades y dirigidas a otras personas como destinatarios, los sujetos normativos[3]. En el siguiente pasaje (VON WRIGHT, 1983a: 68) el autor aclara aquello que las normas no son:

> Es importante no confundir la norma misma con la formulación normativa, ni la existencia de una norma con la emisión u otra producción de una formulación normativa. No discutiré aquí la naturaleza lógico-semántica de la relación de la norma con su expresión en palabras. Solo deseo decir, al pasar, que no considero correcto denominar como norma ni la referencia, ni el significado, ni el sentido de la formulación normativa.

Esto hace algo enigmática la concepción de las prescripciones de VON WRIGHT[4]. Y lleva a ALCHOURRÓN-BULYGIN a decir (2015: 90-91) que no hay una única noción de prescripción. Podemos distinguir, sostienen, entre la *comunicación*, el acto de comunicar un contenido descriptivo, como, por ejemplo, cuando yo le digo a un amigo «el Real Madrid ganó la Champions League» que requiere la emisión de una oración por mi parte y la recepción por parte de mi destinatario, la *aserción* que yo pronuncio aún si no consigo comunicarla, digamos, porque mi amigo no me oye y la proposición, el contenido de una aserción posible, aún si nadie la ha emitido, la proposición que el Madrid ganó la Champions League en 2016. Según los autores, podemos distinguir, en las prescripciones, como cuando yo le digo a mi hija «Debes estar en casa antes de las nueve de la noche», entre la *norma-comunicación* (la orden dada y recibida por mi hija), la *norma-prescripción* (la orden promulgada con independencia de si ha sido recibida o no) y la *norma-lekton* (el contenido de un meramente posible acto de prescribir). Y ALCHOURRÓN y BULYGIN insisten (2015: 91-93) en que la noción de norma más útil en el derecho es la noción de norma-prescripción, es decir que una norma comienza a existir cuando es promulgada. Según los autores, cualquier acto serio de prescribir da lugar a la existencia de una norma. Su posición parece plausible y, por ende, su crítica a VON WRIGHT fundada. Sin embargo, creo que merece la pena indagar mejor en la noción de existencia de las normas de VON WRIGHT y tal vez la idea de un acto *serio* de prescribir sea la clave. VON WRIGHT (1963: 116-117) compara el acto

[3] Prescindo aquí de las reflexiones del autor acerca de la importancia del principio debe implica puede para delimitar las condiciones de otro tipo de normas, como las reglas (que definen un juego, por ejemplo), las normas técnicas o las reglas ideales (*vid.* VON WRIGHT, 1963: 112-114).

[4] En este sentido HERNÁNDEZ MARÍN (1986: 39-40).

de prescribir con el acto de prometer y, convincentemente, nos recuerda que el hecho de que una persona emita un enunciado de promesa no lo convierte en promitente, no hace que exista una promesa. Si un niño, sigue VON WRIGHT, promete darnos mil libras mañana, no diremos que hay una promesa de la que somos promisarios. Las condiciones de existencia de las promesas son más complejas que la mera emisión de un enunciado de promesa (para ello VON WRIGHT, 1983b). Resultan en la generación de una *normative relationship* —una *vinculación normativa*—[5] por un periodo de tiempo entre el promitente y el promisario. También, de modo similar, las condiciones de existencia de las normas son más complejas. Las normas existen en un sentido similar al que existen las promesas.

Creo que las ideas de VON WRIGHT pueden ser presentadas del siguiente modo:

Una norma -una prescripción- P existe si y solo si:

a) Una autoridad ha emitido una orden, que obliga o prohíbe, o una permisión.
b) Los destinatarios, los sujetos normativos, han recibido la orden o la permisión.
c) Los destinatarios, los sujetos normativos, de la orden o permisión pueden hacer aquello que está ordenado o permitido.

La primera cláusula de la definición hace la existencia de este tipo de normas dependiente de dos cosas, por una parte la existencia de las prescripciones es dependiente del lenguaje, hace falta que alguien emita determinados enunciados para que las prescripciones existan, por otra parte la existencia de las prescripciones depende de que su emisor sea *de facto* una autoridad, tenga la situación de superioridad que hace posible la generación del vínculo normativo. La segunda cláusula es necesaria también, si la existencia de las prescripciones consiste en la generación del vínculo normativo. La tercera cláusula supone lo siguiente (VON WRIGHT, 1963: 109): «que algo sea el contenido de una prescripción implica que el sujeto de la prescripción pueda hacerlo».

No insistiré en aspectos que tienen importancia referidos a las dos primeras cláusulas (que centran el análisis de VON WRIGHT), y me detendré en la tercera cláusula que, como vemos, es una formulación del principio kantiano. Para ello, detengámonos un poco en el significado de dicho principio.

3. EL PRINCIPIO KANTIANO

En la obra de Immanuel KANT hay varios pasajes que acreditan la razón de que el principio *debe implica puede* le sea atribuido. Junto con el que encabeza esta contribución hay otros varios, uno de los más famosos en la *Crítica de la Razón Pura* (A 548/B576): «El acto al que se aplica el deber tiene que ser realmente posible bajo condiciones naturales»[6]. Hay un gran debate acerca del significado y el alcance de muchos

[5] Esta es la afortunada expresión con la que Pedro GARCÍA FERRERO traduce «*normative realtionship*» en la versión española de *Norm and Action* (*Norma y acción*, Madrid: Tecnos, 1970), a la que, sin embargo, no sigo en otros puntos.

[6] «*Nun muß die Handlung allerdings unter Naturbedingungen möglich sein, wenn auf sie das Sollen gerichtet ist*». (KANT, 1781/1787: A548/B576).

de estos pasajes, STERN (2004) por ejemplo identifica hasta once textos relevantes de KANT al respecto.

Pero este no es un texto de hermenéutica kantiana, aquí solo deseo subrayar el rechazo de VON WRIGHT (1963: 109-110) de una posible lectura del principio de acuerdo con la cual el deber, la norma, implica lógicamente la capacidad de llevar a cabo aquello prescrito. Un modo de, como nos recuerda, rechazar la humeana separación entre el ser y el deber ser. Porque si que debo hacer A, implica lógicamente que puedo hacer A, entonces si no puedo hacer A (un hecho), no debo hacerlo (una norma). Pero VON WRIGHT (1963: 110) interpreta el principio de otro modo, como una relación entre una proposición normativa, que afirma la existencia de una norma y un hecho acerca de las capacidades humanas:

> El principio que debe implica puede, como yo lo entiendo, no afirma una relación de implicación entre una *norma* y una *proposición*. La implicación se da entre proposiciones normativas (verdaderas o falsas), por una parte, y proposiciones acerca de las capacidades humanas, por otra. El antecedente (la premisa) establece que hay una norma con tal carácter y tal contenido. El consecuente (la conclusión) establece que la cosa mandada o permitida, que es el contenido de la norma, puede hacerse. Conforme a esta interpretación, el principio kantiano que debe implica puede no está en conflicto con la idea humeana de la independencia lógica entre el deber y el ser.

Ahora se comprende la importancia del principio kantiano para la noción de existencia de las normas del autor finlandés: lo que podemos hacer es una condición de la existencia de las prescripciones. Lo dice así (1963: 113): «El propósito del principio, como yo lo veo, es el de ayudar a moldear o configurar el concepto de norma».

A continuación me referiré a algunas de las consecuencias de esta idea.

4. LA NOCIÓN DE CORPUS NORMATIVO

Prescindamos ahora de muy relevantes cuestiones entrelazadas con la noción de VON WRIGHT de existencia de las prescripciones, como por ejemplo la referida a la dimensión temporal de las normas, el periodo de tiempo en el que una norma prescriptiva existe (ALCHOURRÓN-BULYGIN, 2015: 93). Y detengámonos en un aspecto, que afecta a la primera cláusula de nuestra definición, y que deseo enfatizar. Para VON WRIGHT, no solo existen las normas *explícitamente* promulgadas por una autoridad, sino también aquellas que estas implican (VON WRIGHT, 1963: 156): «Las prescripciones que son implicadas por un conjunto dado de normas las llamaré mandatos, prohibiciones y permisiones *derivados*». Y añade (1963: 157-8):

> Los mandatos, prohibiciones y permisiones derivados de un corpus de prescripciones son, podríamos decir, tan «queridos» por la autoridad normativa como los mandatos, prohibiciones y permisiones originales de este corpus. Las normas derivadas *están*, necesariamente, en el corpus con las originales. Están allí, aunque no han sido expresamente promulgadas. Su promulgación se esconde en la promulgación de otras prescripciones.

Obviamente, esta idea es central en VON WRIGHT y articula la elegante reconstrucción de ALCHOURRÓN-BULYGIN (2015). Con arreglo a ella, a un corpus normativo pertenecen, y existen de este modo, no solo las normas promulgadas por actos de pres-

cribir de las autoridades, las normas *formuladas*, sino también todas sus consecuencias lógicas, las normas *derivadas*[7].

Para ello, necesitamos una noción de consecuencia lógica entre normas, de implicación normativa. Que se halla en VON WRIGHT (1963: 158- 167) y que ALCHOURRÓN-BULYGIN reconstruyen de un elegante modo (2015: 101-111), con tres axiomas y una regla de inferencia. Ahora bien, ¿cuándo dos normas pertenecen al mismo *corpus* normativo?

Para VON WRIGHT (1963: 151), un *corpus* de normas es un conjunto de prescripciones emitidas por la misma autoridad. ¿Por qué VON WRIGHT establece esta restricción tan importante en la noción de *corpus* normativo? Porque considera que la consistencia de un conjunto normativo es una condición de la posibilidad de existencia de un corpus. Las normas incompatibles comportan la imposibilidad de su coexistencia en un corpus. Y, VON WRIGHT considera, esta exigencia de *racionalidad* solo puede establecerse como requisito de la voluntad de una autoridad individual. Es decir, nunca normas incompatibles pueden coexistir en el mismo corpus, aunque puedan existir en distintos *corpora*.

Para que esta noción de corpus sea viable, es preciso proporcionar una noción de consistencia entre normas que VON WRIGHT ofrece (1963:143-144) y que ALCHOURRÓN-BULYGIN (2015: 97) resumen de este modo:

¿Qué significa que dos o más normas sean mutuamente consistentes? VON WRIGHT da primero un *criterio formal* de consistencia o compatibilidad para las formulaciones normativas, esto es, para las expresiones deónticas O y P. La definición de consistencia formal está dada en tres pasos: para conjuntos de expresiones O, para conjuntos de expresiones P y, finalmente, para conjuntos mixtos de expresiones O y P. Un conjunto de expresiones O (mandatos) es consistente si, y solo si, «es lógicamente posible, bajo cualquier condición de aplicación dada, obedecer *todos* los mandatos (colectivamente) que se aplican bajo esa condición» (N&A, 143). Un conjunto de expresiones P (permisiones) es siempre consistente. Porque las permisiones nunca se contradicen. Esto significa lo siguiente: si bien puede no ser posible hacer uso de todas las permisiones al mismo tiempo, siempre es posible hacer uso de *cualquiera* de ellos en un momento determinado. Un conjunto mixto (de mandatos y permisiones) es consistente «si y solo si, es lógicamente posible, bajo cualquier condición de aplicación dada, obedecer *todos* los mandatos colectivamente y hacer uso individualmente, de *cada una* de las permisiones que se aplican bajo esta condición» (N&A, 144).

ALCHOURRÓN y BULYGIN aceptan esta noción de consistencia de normas. Sin embargo, rechazan las consecuencias que VON WRIGHT obtiene de ella porque no comparten, principalmente, su noción de *existencia* de normas y tampoco su noción de *corpus* normativo. A los autores argentinos (ALCHOURRÓN-BULYGIN, 2015: 98-99) les parece arbitrario restringir la lógica de normas a normas emitidas por una y la misma autoridad, les parece problemática la noción de la «misma autoridad», por ejemplo ¿es

[7] Esta idea es discutida perspicuamente, distinguiendo entre las normas explícitamente promulgadas que integran la base del sistema y las normas implícitamente promulgas que no lo integran, en NAVARRO-RODRÍGUEZ (2014: 214-240), para explorar las consecuencias que tiene para la dinámica de los sistemas jurídicos. Dado que aquí no me ocupo de ello, dicha idea no será analizada aquí.

la *misma autoridad* el parlamento portugués de hoy que el de hace dos años?, les parece implausible decir que una autoridad es irracional por dictar normas inconsistentes en momentos temporales distintos y, finalmente, les parece que tiene como consecuencia más bien sorprendente que no pueden existir normas inconsistentes: en el mismo corpus porque se «aniquilan mutuamente», y en el caso de autoridades distintas, porque no hay aquí inconsistencia.

No voy a discutir aquí estas objeciones, aunque algunas podrían ser replicadas o matizadas. Voy a intentar mostrar que la noción de *corpus* normativo de VON WRIGHT tiene sentido, al menos, en el supuesto de las normas *aplicables* con las cuales el juez debe decidir un caso y motivar en el Derecho su decisión. Esta es precisamente la noción de *sistema normativo* de ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Normative Systems* (1971). Como es sabido, se trata de seleccionar un universo del discurso (un conjunto de acciones humanas) y seleccionar las normas que lo regulan. En este conjunto, de acuerdo con los autores argentinos, puede haber contradicciones o antinomias[8]. Esta es la idea que deseo objetar, valiéndome de las ideas de VON WRIGHT.

Asumimos que los jueces motivan adecuadamente sus decisiones cuando muestran que de ese corpus de normas y de las circunstancias fácticas del caso se deriva una norma individual que resuelve dicho caso individual. Asumimos también que las normas son aptas para guiar el comportamiento de los jueces. Y añadimos la verdad lógica según la cual de aquello que es inconsistente se sigue cualquier cosa, *ex falso quodlibet*. Entonces, conjuntos inconsistentes de normas no pueden guiar el comportamiento de los jueces, porque tomen la decisión que tomen estaría de acuerdo con ese corpus de normas. Los corpora de normas inconsistentes no son aptos para discriminar entre soluciones correctas e incorrectas y, por lo tanto, no están sujetos a la racionalidad. En este sentido, no *hay* corpora normativos inconsistentes. Esta conclusión presupone desplazar la idea de *corpus* de normas, de las normas promulgadas por la misma autoridad a las normas aplicables, aptas para resolver un caso judicial.

En realidad, con posterioridad a *Norm and Action*, VON WRIGHT desarrolló esta idea de *corpus racional* de normas del siguiente modo (VON WRIGHT, 1983c: 140-141):

> Si una norma, o un corpus, no es susceptible de ser satisfecha (consistente normativamente) el legislador o la autoridad normativa suprema (soberana) no puede *racionalmente querer* el estado ideal previsto en su actividad creadora de normas o legislación.
>
> La condición de racionalidad que he establecido puede ser contemplada como una condición mínima necesaria. Pueden añadirse ulteriores condiciones, por ejemplo que la obtención de los varios estados que las normas hacen obligatorios o permitidos deba ser también físicamente posible, o humanamente posible.

Pues bien, lo que trataré de argüir a continuación es que los corpora de normas que contienen normas inconsistentes, necesariamente implican que hay estados de cosas que no pueden ser realizados por los destinatarios de las normas, porque implican *todos* los estados de cosas. Si se conciben estas condiciones como presupuestos de la existencia de los corpora normativos, entonces no hay corpora inconsistentes.

---

[8] Aunque *Normative Systems* (1971: cap. VIII) contiene un capítulo dedicado al análisis del problema de las lagunas y la decisión judicial, no hay ninguno desafortunadamente dedicado a las antinomias y la decisión judicial.

5. ANTINOMIAS Y CORPUS DE NORMAS

En un influyente artículo Bernard WILLIAMS (1965), planteó el siguiente problema lógico para mostrar que una determinada forma de concebir las obligaciones morales no deja lugar para los dilemas. Supongamos que un corpus contiene una norma que obliga a hacer A, y otra norma que obliga a hacer B, y que A y B no son estados de cosas posibles (posibles lógica o físicamente, ahora es indiferente) conjuntamente. Entonces tenemos una situación como la siguiente:

1.	OA	Premisa
2.	OB	Premisa
3.	$\neg\Diamond (A \wedge B)$	Premisa
4.	$O\alpha \rightarrow \Diamond\alpha$	Principio kantiano
5.	$OA \wedge OB$	De 1 y 2
6.	$(OA \wedge OB) \rightarrow O(A \wedge B)$	Principio de aglomeración
7.	$O(A \wedge B)$	De 5 y 6
8.	$O(A \wedge B) \rightarrow \Diamond(A \wedge B)$	Del principio kantiano en 4
9.	$\neg O(A \wedge B)$	Tollendo ponens, en 7 y 8

Como vemos las tres plausibles premisas implican una contradicción (entre 7 y 9). ¿Cómo podemos bloquear la contradicción? En la literatura existe un rico y detallado debate con muchas vías de análisis alternativas (véase una presentación panorámica en McConell, 2014), que en mi opinión pueden ser reducidas a las tres siguientes:

i) Rechazar el principio de aglomeración.
ii) Rechazar el principio kantiano.
iii) Rechazar que en este corpus normativo puedan coexistir las normas contenidas en 1. y 2.

Pero antes de analizarlas, es necesario recordar que VON WRIGHT considera que el principio kantiano contiene una implicación entre una proposición normativa, que afirma la existencia de ciertas normas con determinado contenido, y determinadas posibilidades fácticas. Es decir, que las dos primeras premisas de este argumento deben ser comprendidas, en la interpretación del filósofo finlandés, como «Existe un corpus normativo que obliga hacer A (o, en el caso de la segunda, B)». Y así todo el resto de líneas del argumento, con lo que la última debe ser leída como «No existe un corpus normativo que obligue a hacer A y B».

La primera vía, el principio de aglomeración, no merece mayores comentarios porque pocos están dispuestos a rechazarlo. Y menos que nadie VON WRIGHT (1951: 13) y ALCHOURRÓN y BULYGIN (2015: 102) para los cuales el principio de aglomeración es un axioma o un teorema indisputable de la lógica deóntica.

La segunda vía, el rechazo del principio kantiano, suele ir acompañado de la idea de que las obligaciones contenidas en las dos primeras premisas no son concluyentes, no son *decisivas*, sino solo *pro tanto* o *prima facie*. Esta línea da lugar a la rica literatura, en moral, y en lógica y en inteligencia artificial, relativa a los razonamientos no-monótonos y la derrotabilidad[9]. Tampoco será abordada aquí puesto que en los corpora

[9] Puede verse, por todos, CELANO (1994: 458-478) y ALCHOURRÓN (1996).

normativos disponibles por aquellos que han de tomar una decisión justificada, como es el caso de los jueces, precisamos de normas que establezcan razones decisivas, concluyentes, las únicas aptas para justificar en ellas las decisiones.

Y ello, nos deja, según creo con la tercera vía. El principio kantiano, entendido à la VON WRIGHT, comporta que no hay corpora normativos que impongan deberes no realizables. No hay, tampoco, corpora con normas incompatibles. De hecho, si hubiera corpora con normas incompatibles también violarían el principio kantiano, dado que si una norma obliga a hacer A, y otra obliga a hacer no-A y dado que es lógicamente imposible que A y no-A, entonces no puede haber corpora inconsistentes. Dicho de otro modo, si el principio kantiano es entendido como una condición de existencia de los corpora normativos, entonces no existen corpora normativos inconsistentes.

Esta me parece una consecuencia más que aceptable si los corpora son comprendidos como sistemas de normas dispuestos a ser aplicados por los jueces. Los jueces deben, entre dos prescripciones incompatibles promulgadas por las autoridades, seleccionar solo una de ellas para ser integrada en el corpus con el que tomará la decisión. Solo así puede aspirar a que su decisión sea *racionalmente* justificable de acuerdo con un corpus de normas. En este sentido, podemos restaurar la vieja idea ilustrada del legislador racional, un legislador que no genera antinomias. Y, también en este sentido, podemos aprovecharnos de una de las tantas ideas fecundas de VON WRIGHT, aunque sea al precio de distanciarnos un poco de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

6. RACIONALIDAD Y EXISTENCIA DE NORMAS

De acuerdo con VON WRIGHT, entonces, no hay ningún corpus con normas incompatibles porque dichos corpora serían irracionales y vulnerarían el principio kantiano. Replicando a ALCHOURRÓN y BULYGIN (2015, primero publicado en 1989), VON WRIGHT insiste (VON WRIGHT 1989: 876): «El caso en el que la misma autoridad emite prescripciones inconsistentes (sin derogar ninguna de ellas) es una instancia de irracionalidad. Uno no puede "querer" racionalmente cosas contradictorias»[10].

Pero es más, la irracionalidad de un corpus así se muestra en dos aspectos complementarios: *a)* es de imposible cumplimiento para sus destinatarios, para los sujetos normativos, porque les exige realizar estados de cosas imposibles y *b)* no es apto para justificar decisiones individuales, porque sea cual sea la decisión individual estaría justificada la norma individual en un corpus inconsistente, y por tanto, no sirve para el fin que le es propio: discriminar entre decisiones justificadas y no justificadas.

ALCHOURRÓN y BULYGIN aceptan este extremo pero creen que la racionalidad no puede ser condición de la existencia ni de las normas ni de los corpora normativos. En *Normative Systems* (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971: 57) introducen la noción de *sistema puramente normativo*, un sistema que carece de consecuencias fácticas. Antes de seguir con ello hay que recordar que las normas en dicho libro son concebidas

[10] En este texto, creo que, con razón, VON WRIGHT (1989: 877) también muestra cómo los autores argentinos marginan, al aceptar la pluralidad de autoridades y las antinomias, el problema de la *unidad* o *identidad* de los sistemas normativos.

como enunciados que correlacionan casos con soluciones (normas condicionales) y, por lo tanto, dos normas incompatibles (en el sentido de que correlacionan el mismo caso con soluciones incompatibles) implican una proposición fáctica, la negación del antecedente del condicional normativo. Entonces aceptan que (1971: 63) un sistema normativo inconsistente podría ser calificado de irracional y, en este sentido, la consistencia es un *ideal racional*. Pero añaden: «Conjuntos normativos inconsistentes no son tan raros, como todo jurista sabe por experiencia (...). Pero no parece que haya buenas razones para limitar la referencia del término "sistema" a los conjuntos consistentes, a menos que por "sistema normativo" entendamos un sistema normativo puro, es decir, un sistema que carezca de consecuencias fácticas».

Es claro que ALCHOURRÓN y BULYGIN llevan razón si pensamos en la posibilidad de que las autoridades, incluso la misma autoridad, se comporten irracionalmente dictando normas incompatibles. Y si la noción de una prescripción depende únicamente de haber sido el resultado de un acto serio de una autoridad, entonces su conclusión se mantiene. Es más, si los corpora solo son conjuntos de normas promulgadas, entonces puede haber corpora inconsistentes. Sin embargo, y aquí reside parte del valor de la contribución de VON WRIGHT, no veo porqué debamos aceptar esta noción de existencia de normas. El autor finlandés nos ha dado buenas razones para aceptar la idea de que las normas existen de modo similar a como existen las promesas, no basta la pronunciación de ciertas palabras para su existencia. Con esta conjetura, podemos argüir que el principio kantiano es una condición de existencia de las normas y, como una de sus consecuencias, que en los corpora normativos no hay normas incompatibles.

Sea como fuere, deseo acabar señalando que esta contribución debe ser leída como un mero comentario al margen del ensayo de ALCHOURRÓN y BULYGIN, escrito en 1973, aunque debió esperar hasta 1989 para ser publicado, un ensayo que, como tantos de los suyos y como muchos de VON WRIGHT, a uno le habría gustado escribir.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, C. E., 1996: «Para una lógica de las razones prima facie», *Análisis filosófico*, 16: 113-124.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems,* New York-Wien: Springer.

— 2015: «VON Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law», en E. BULYGIN, C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J. J. MORESO, P. NAVARRO y S. PAULSON (eds.), *Essays in Legal Philosophy,* Oxford: Oxford University Press, cap. 5. Originalmente en P. A. SCHILPP y L. E. HAHN (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright,* The Library of Living Philosophers, vol. 19, La Salle, Ill.: Open Court, 1989, 665-693; en español en C. E. ALCHOURRÓN; E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 69-102.

CELANO, B., 1994: *Dialettica della gisutificazione prattica. Saggio sulla legge di Hume,* Torino: Giappichelli.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1986: *Historia de la filosofía del derecho contemporánea,* Madrid: Tecnos.

HORWICH, P., 1990: *Truth,* Oxford: Basil Blackwell.

KANT, I., 1781-1787: *Kritik der reinen Vernunft, Akademieausgabe. Gesammelten Werken*, III, IV. *https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/verzeichnisse-gesamt.html.*

— (1796): «Verkündigung des nahen Abschlusses eines Tractats zum ewigen Frieden in der Philosophie», *Akademieausgabe. Gesammelten Werken*, VIII. *https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/verzeichnisse-gesamt.html.*

McCONELL, T., 2014: «Moral Dilemmas», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Fall 2014 Edition, URL = *http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/moral-dilemmas/.*

MORESO, J. J.; NAVARRO, P., E., y REDONDO, M. C., 2001: «Sobre la lógica de las lagunas en el derecho», *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 33: 47-73.

— 2002: «Legal Gaps and Conclusive Reasons», *Theoria: a Swedish journal of philosophy*, 68: 51-65.

— 2003: «Bivalencia, antinomias y contradicciones. Un ensayo sobre Truth-Logics de G. H. VON WRIGHT», *Doxa,* 26: 127-144.

NAVARRO, P. E., y RODRÍGUEZ, J. L., 2014: *Deontic Logic and Legal Systems,* Cambridge: Cambridge University Press.

STERN, R., 2004: «Does "Ought" Imply "Can"? And Did Kant Think It Does?», *Utilitas*, 16: 42-61.

STOLJAR, D., y DAMNJANOVIC, N., 2014: «The Deflationary Theory of Truth», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), URL = *http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/truth-deflationary/.*

VON WRIGHT, G. H., 1951: «Deontic Logic», *Mind*, 60: 1-15.

— 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Rouletdge & Kegan Paul.

— 1983a: «The Foundation of Norms and Normative Propositions», en G. H. VON WRIGHT (ed.), *Practical Reason. Philosophical Papers. Volume I,* Oxford: Basil Blackwell, 67-82.

— 1983b: «On Promises», en G. H. VON WRIGHT (ed.), *Practical Reason. Philosophical Papers. Volume I,* Oxford: Basil Blackwell, 83-99.

— 1983c: «Norms, Truth and Logic», en G. H. VON WRIGHT (ed.), *Practical Reason. Philosophical Papers. Volume I,* Oxford: Basil Blackwell, 130-209.

— 1984a: «Demystifying Propositions», en G. H. VON WRIGHT (ed.), *Truth, Knowledge, and Modality. Philosophical Papers. Volume III,* Oxford: Basil Blackwell, 14-25.

— 1984b: «Truth and Logic», en G. H. VON WRIGHT (ed.), *Truth, Knowledge, and Modality. Philosophical Papers. Volume III,* Oxford: Basil Blackwell, 26-41.

— 1989: «A Reply to My critics», en P. A. SCHILPP y L. E. HAHN (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright,* The Library of Living Philosophers, vol. 19, La Salle, Ill.: Open Court, 731-887.

WILLIAMS, B., 1965: «Ethical Consistency», *Proceedings of the Aristotelian Society,* Supplement, 39: 103-124.

WILLIAMSON, T., 2004: *Vagueness,* London: Routledge.

UNA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA*

Rodolfo L. Vigo

Universidad Católica Argentina

RESUMEN. El concepto de validez jurídica reviste enorme importancia para la teoría y la práctica del derecho en tanto se asocia a la existencia o inexistencia de la norma jurídica. Más allá de su vinculación originaria y decisiva a Hans KELSEN, no solo es posible la propuesta de un concepto justificativo de validez jurídica (no descriptivo) asociado a la justificación racional de la norma, sino que el mismo resulta plenamente funcional al Estado de derecho constitucional y democrático. De ese modo, la norma obliga en tanto es válida, y lo es en la medida que resulte racional; identicándose hasta once requisitos en orden a dicha justificación racional. La teoría auspiciada que reconcilia prudencial o ponderativamente la razón con el derecho, tiene como sustento doctrinario al realismo jurídico clásico y autores vinculados al llamado neoconstitucionalismo no-positivista (en particular Robert ALEXY).

Palabras claves: validez jurídica, justificación racional, racionalidad práctica, aceptación.

A Theory of the Validity of Law

ABSTRACT. The concept of the validity of law is highly important for the legal theory and practice as it is inherently linked to the existence of law itself. Leaving aside its original and decisive connection with Hans KELSEN's thought, it is not only possible to propose a justifying concept (*i.e.,* not a merely descriptive one) of the validity of law as closely associated with the rational justification of the law; it should also be noted that such concept is necessary for the existence of the Constitutional and Democratic State. Thus, the law binds as long as it is valid and this validity depends on the law's rational foundation. It is possible to identify up to eleven requirements for considering a law as rationally justified. The proposed theory reconciles reason with law through a prudential and duly weighed approach, is based on the classical legal realism and finds connections with authors counted among the so-called non-positivist/new-constitutionalists (specially Mr. Robert ALEXY).

Keywords: validity and rational justification of the law, practical reason, acknowledgment.

* Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2015. Fecha de aceptación: 7 de marzo de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.07

1. ANTECEDENTES E IMPORTANCIA DEL TEMA

La teoría jurídica, en general, reconoce que el concepto de validez que usan los juristas es altamente ambiguo[1], pero también ella destaca su conexión con el positivismo jurídico y la relevancia que adquirió en relación a la propuesta de un concepto del derecho. Una manifestación central de esa relevancia surge al conectarse, por el mismo KELSEN, la validez a la existencia de las normas jurídicas: «Con la palabra "validez" designamos la existencia específica de una norma»[2].

Más allá de aquella herencia iuspositivista recibida por los juristas al referirse a la validez, el término ha quedado incorporado al lenguaje de los mismos —teóricos y prácticos—, a punto, que cualquier teoría jurídica integral requiere afrontar la respuesta sobre la pregunta en torno a la validez e invalidez jurídica, la que, en definitiva, en nuestra opinión, coincide en responder si la norma existe y obliga.

Quizás, un modo elocuente de acreditar la relevancia actual del concepto de validez es apelar a la autoridad de Robert ALEXY cuando señala: «A los tres elementos del concepto de derecho: la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico»[3]. De igual manera DELGADO PINTO reconoce que la cuestión en torno a la validez y vigencia ocupa «una posición crucial dentro de cualquier filosofía del derecho, ya que al abordarla e intentar solucionarla entran en juego necesariamente los presupuestos ontológicos y epistemológicos de la misma»[4]. La importancia y decisividad de la definición de validez para las teorías jurídicas no solo está respaldada por la teoría pura y el no-positivismo alexyano, sino la palabra de un iuspositivista destacado de nuestro tiempo no deja lugar a dudas: «El debate entre el positivismo jurídico y sus oponentes es principalmente acerca de las condiciones de la validez jurídica; es fundamentalmente acerca de la cuestión de qué es el derecho, y qué es lo que hace que ciertas normas sean jurídicamente válidas y otras no»[5].

Coherente con visiones no-positivistas y positivistas, es posible reconocer —siguiendo a NINO—[6] conceptos de validez justificatorios y conceptos de validez descriptivos, según recurran o no a razones justificatorias. En torno a la importancia y complejidad de la cuestión coincide, desde otros supuestos, Luigi FERRAJOLI: «Las relaciones entre formas y contenidos de las decisiones nos permite finalmente formular la distinción —central en la teoría del derecho moderno y tal vez más difícil y problemática que ninguna otra— entre vigencia y validez y entre validez formal y validez sustancial»[7].

---

[1] De validez también se habla en otros campos, así J. FERRATER MORA distingue a la validez como un vocablo epistemológico, lógico y metafísico, en *Diccionario de Filosofía,* Madrid, Alianza, 1981, 3371 y 3372.

[2] H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), R. VERNENGO (trad.), México, UNAM, 2000, 23.

[3] R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (1992), J. M. SEÑA (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997, 87. Esa triple dimensión de la validez también se encuentra en J. WROBLEWSKI, «Tre concetti di validità», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1, 1982, 584-595.

[4] J. DELGADO PINTO, «Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas», *Doxa,* 7 (1990), 101-167.

[5] A. MARMOR, *Philosophy of Law,* Princeton and Oxford, Princeton University Press (Princeton Foundations of Contemporary Philosophy), 2011, 134.

[6] C. S. NINO, *La validez del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1985, 5.

[7] L. FERRAJOLI, «Principia Iuris», t. 1, *Teoría del derecho y de la democracia* (2007), P. A. IBAÑEZ, C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL (trads.), Madrid, Trotta, 2011, 497.

También es importante advertir que los juristas califican especialmente de válidas o inválidas a reglas jurídicas aisladas —generales o individuales— o al sistema jurídico total, aunque cabe ese juicio por extensión, respeto a las demás realidades jurídicas como: conductas, procesos, instituciones, etc. Así, Alf ROSS reconoce que el término validez se puede predicar de: *a)* actos jurídicos; *b)* de una norma jurídica o de un orden jurídico completo, y *c)* como una cualidad de la norma jurídica que consiste en su fuerza obligatoria u obligación moral de obedecerla[8].

Sintetizando lo expuesto, debemos admitir —insistamos— que desde las perspectivas iuspositivistas, pero también desde las teorías no-positivistas, el tema de la validez se ha constituido en un concepto muy importante y decisivo, no solo desde el punto de teórico, sino también práctico. Centralmente los juristas saben que la existencia y obligatoriedad de una norma jurídica depende de su validez, y la jurisprudencia corrobora inequívocamente esa conexión. Si bien el rótulo de la validez es moderno y contemporáneo, es evidente que su problemática se remonta al origen del derecho mismo. En definitiva, la pregunta por la existencia y la obligatoriedad de lo ordenado por la autoridad es constitutiva al derecho y acompaña a la historia del mismo. Sin embargo, corresponde advertir que aquella típica definición iuspositivista priva a la validez jurídica de plena funcionalidad en tiempos del Estado de derecho constitucional y democrático, por eso nos proponemos defender un significado que resulte armónico con esa realidad, y para ello resulta especialmente provechoso recurrir al realismo jurídico clásico y también a posturas neoconstitucionalistas no-positivistas.

2. VALIDEZ JURÍDICA COMO NORMATIVIDAD JUSTIFICADA RACIONALMENTE

Frente al panorama precedente y sucintamente descripto, se impone establecer el significado que le daremos en el campo del derecho al término validez. Para ello recurriremos a una noción que remite a la «justificación de las normas», y que NINO reconoce como «prevaleciente en la filosofía jurídica tradicional»[9]. Más aún, el profesor argentino explicita e insiste: «Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar [...]. Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia [...] el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas»[10]. Quizás lo notable es que NINO adscribe dicha noción de validez a KELSEN[11], pero no es este el problema que nos proponemos ahora tratar,

---

[8] A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos,* G. CARRIÓ y O. PASCHERO (trads.), Buenos Aires, 1969, 25-26.

[9] C. S. NINO, *La validez..., op. cit.,* 7.

[10] *Ibid.,* 8.

[11] Algo similar opina J. RAZ cuando identifica a KELSEN con los iusnaturalistas al proclamar una «normatividad justificada» en «Kelsen's theory of the basic norm», en *The authority of Law,* Oxford University Press, 1979, 137 y en «Social Rules and Legal Theory», en *Yale Law Journal,* 81, 1972. También A. ROSS acusa a KELSEN de concluir en un deber moral de obedecer el derecho, en *El concepto de validez..., op. cit.* E. BULYGIN

pues nuestro propósito se dirigirá a avalar y desarrollar esa definición normativa de validez que se identifica con su justificación, y que sorprendentemente no parece que la doctrina jurídica le haya prestado toda la atención que se merece. Una excepción importante, aunque con escasa atención doctrinaria, es la de Sergio COTTA, quien en su libro *Justificación y obligatoriedad de las normas* publicado a comienzos de la década de los ochenta, y en su Prólogo a la edición española precisa: «Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y esta no puede imponerse sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir su carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre»[12].

Adviértase —reiteremos— que en el juicio de validez se juega —en opinión ampliamente compartida por autores de distintas escuelas, pero sobre todo de uso consagrado en la jurisprudencia— la «existencia» misma de la norma jurídica, y tal trascendencia exige tener claro cuál es el contenido de aquella predicación, como asumir su proyección a la totalidad de las normas jurídicas, cualquiera sea su nivel y su inserción en las ramas o campos del derecho vigente. Frente al panorama descrito cargado de ambigüedad y vaguedad, como también de inercia conceptual, entremos en materia brindando un concepto de validez jurídica que luego iremos explicitando.

Digamos entonces que una norma jurídica es válida cuando ella cuenta con razones suficientes que la justifican y, por ende, la tornan obligatoria a dicha norma, por lo que sus destinatarios deben aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir —justificadamente— las consecuencias previstas para su incumplimiento. Justificar la norma es fundamentarla o motivarla de manera que gracias a esas razones que la respaldan, se puede comprender lo en ella se ha dispuesto u ordenado. Como dice RICOEUR: «El motivo responde a la pregunta ¿por qué? [...] al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender»[13], y el mismo pensador ha insistido de mil maneras sobre las conexiones entre normatividad y la verdad moral de la acción, precisando que con una razón para actuar se permite explicar la acción[14]. El presupuesto de la obligatoriedad de la norma jurídica es su justificación racional, pero este juicio remite a la razón práctica que puede y debe comprobar —con la certeza que le es propia y que se diferencia de la razón teórica— que la misma reúne los requisitos necesarios. En ese test de justificación racional la norma se juega también su existencia jurídica, dado que si se concluye —prudencial o ponderativamente— que ella no está justificada, lo que corresponde es reconocer que no ha existido o deja de existir para el derecho, a pesar de que alguien la invoque para hacer valer su poder y logre la eficacia de la norma; pues este proceder o comportamiento no contará con el «debido» respaldo jurídico. Para el ciudadano la pregunta más importante que le dirige al jurista es si esa norma jurídica que lo tiene por destina-

---

reconoce que la noción kelseniana de validez como fuerza obligatoria es incompatible con su programa positivista (cfr. *Validez y eficacia del derecho,* H. KELSEN, E. BULYGIN y R. WALTER, Buenos Aires, Astrea, 2005, 110).

[12] S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de la norma,* A. FERNANDEZ GALIANO (trad.), Madrid, Ceura, 1987, XIV

[13] P. RICOEUR, *El discurso de la acción* (1977), P. CALVO (trad.), Madrid, Cátedra, 1981, 50.

[14] P. RICOEUR, *La raison pratique,* Choniques Sociales de France, 80, 1972.

tario existe o es válida, porque en esa respuesta está la consiguiente obligatoriedad del respectivo comportamiento, debiendo asumir, en todo caso, las consecuencias de su incumplimiento. Precisamente, CALSAMIGLIA recepta la opinión NINO acerca de que el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea es «por qué debo obedecer el derecho», y concluye que dicha pregunta «no puede responderse con descripciones, a no ser que tomemos las descripciones, como prescripciones, y eso requiere de un juicio moral»[15]. Ya KANT en su *Vorlesung über Ethik* había denunciado que la coacción no crea obligatoriedad al deber jurídico, a tales fines se requiere una fundamentación moral que permita asumirlo por parte del destinatario[16].

3. RESPALDO TEÓRICO (REALISMO JURÍDICO CLÁSICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO)

Lejos estamos de reivindicar originalidad a la propuesta anticipada, quizás lo único que haremos es proyectar y unir nociones sabidas, aunque vinculándolas a un concepto amplio de validez jurídica. Ello especialmente con el detalle de las exigencias vinculadas a la justificación racional, pero, de todas maneras, sobran aportes decisivos de otros autores que posibilitan y explican el presente trabajo. En el campo de la teoría recurriremos con abundancia a enseñanzas del realismo jurídico clásico (que es la teoría inspirada en ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO, a la que adscribimos en lo fundamental) y a autores contemporáneos neoconstitucionalistas (especialmente ALEXY) con los que mantenemos enormes coincidencias en las propuestas de teoría jurídica, aunque también algunas diferencias especialmente en el terreno de los fundamentos filosóficos.

En la visión aristotélica tomista la razón práctica es regla y medida del obrar, por eso «la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón»[17] y «los preceptos morales son conformes con la naturaleza humana porque son requerimientos de la razón natural»[18], por eso «las virtudes [...] son conforme con la naturaleza humana en la medida en que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios a la naturaleza humana en la medida en que son contrarios al orden de lo razonable»[19]. La ley (o sea el derecho, o mejor, la norma jurídica) está indisolublemente asociada a la razón, así claramente lo dice AQUINO: «La ley es algo propio de la razón»[20], en tanto ella es «regla y medida de los actos humanos», de ahí su conocida definición: «La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad»[21]. La norma jurídica en la visión tomista

---

[15] A. CALSAMIGLIA, «Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación», *Anuario de Filosofía del Derecho,* ts. XIII-XIV, 1996-1997, Madrid, 487.

[16] Cfr. A. M. QUINTAS, *Obbligazione política e governo legittimo,* Milano, Giuffre, 1997.

[17] TOMÁS DE AQUINO, «Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem ractam...», *Comm. Eth.* L .2, lec. 2; y cfr. L. LACHANCE, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás,* F. N. A. CUEVILLAS (trad.), Buenos Aires, 1953, 111.

[18] TOMÁS DE AQUINO, *Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis,* IV, d. 2, q. 1, a. 4, sol. 1 ad 2.

[19] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I-II, q. 71, a. 2.

[20] *Ibid.,* I-II, q. 90, a.1.

[21] *Ibid.,* I-II, q. 90, a. 4.

es *rationis ordinatio,* y ella remite a «la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad», pues «la fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública a la que pertenece infringir penas»[22]. En plena sintonía con esas enseñanzas, Francesco OLGIATTI concluye: «Decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional —como una banda de malhechores— es antijurídico)», y «el derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*»[23]. Giuseppe GRANERIS, desde la misma escuela del realismo jurídico clásico, afirma de mil maneras la imposibilidad de que haya derecho donde no hay razón[24].

La nueva escuela anglosajona de derecho natural, en autores como J. FINNIS o R. P. GEORGE[25], insiste que la actuación humana como natural o antinatural se deriva de su carácter razonable o irrazonable. Específicamente, el profesor de Oxford mencionado afirma: «El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad [...]. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad [...] para TOMÁS DE AQUINO la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable»[26].

Por supuesto que en el campo derecho corresponde hablar preferentemente de la razón práctica prudencial, que es, precisamente, la que debe discernir la conducta o el precepto que disponga lo justo en concreto. Para el acto justo o el dictado de la norma justa se requiere, por un lado, que la razón práctica lo determine, y luego estará la voluntad queriendo y ejecutando lo justo. «La verdad del entendimiento especulativo se toma por la conformidad del entendimiento con la cosas [...]. En cambio la verdad del entendimiento práctico se toma por la conformidad con el apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no penden de la voluntad humana, sino en las contingentes que pueden ser hechas por nosotros»[27]. La prudencia es formalmente intelectual en cuanto a su sujeto que es la razón práctica, pero es materialmente moral porque se ocupa de lo agible o la acción humana. Los prudentes son expertos, en tanto la prudencia requiere para adquirirse de la experiencia que posibilita el conocimiento de los actos singulares, y si bien le es útil el conocimiento de la filosofía moral, lo decisivo es ese conocimiento natural y vulgar que va obteniéndose en la vida. La prudencia, en tanto virtud, es el hábito del discernimiento sobre lo bueno concreto que corresponde realizar, y por eso es que el prudente puede ser medida de lo bueno, así lo afirma AQUINO: «De ahí que se diga en el libro X de los Eticos que el virtuoso es

---

[22] *Ibid.,* q. 90, a. 4.

[23] F. OLGIATTI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* (1943), DIORKI (trad.) y J. A. SARDINA PÁRAMO (rev.) Eunsa, 1977, 51 y 339.

[24] Cfr. G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho* (1949), C. A. LÉRTOLA MENDOZA (trad.), Buenos Aires, Eudeba, 1973, 90. Otro testimonio de la intrínseca relación entre racionalidad y lo justo es R. SPAEMANN en *Lo natural y lo racional* (1988), D. INNERARITY y J. OLMO (trads.), Madrid, Rialp, 1989.

[25] Cfr. J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory,* Oxford University Press, 1988, 90-94, y R. P. GEORGE, *Kelsen y Santo tomás sobre la doctrina de la ley natural,* C. VELARDE (trad.), en *Persona y Derecho,* Universidad de Navarra, t. 42 (2000), 67.

[26] J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales* (1992), C. ORREGO SÁNCHEZ (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 69.

[27] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I-II, q. 57, a. 5, ad. 3.

y regla de los actos humanos»[28], y también: «El virtuoso es norma de las obras humanas, porque bueno es aquello que apetece el virtuoso. Y cosa parecida hay que decir de la rectitud del entendimiento, porque es verdadero aquello que así le parece al que tiene recto entendimiento, no lo que le parece así a cualquiera»[29]. Si bien la prudencia se ocupa de dirigir la vida buena, como un tipo de ella está la prudencia jurídica, que tiene por objeto el discernimiento y mandato de lo justo en concreto.

Precisamente, FINNIS reivindicando «el punto de vista interno o jurídico» auspiciado por HART y RAZ, aunque reprochándoles no haber diferenciado dentro del mismo el «caso central» respecto a los «casos periféricos», concluye optando para que los conceptos a los que recurre el teórico-descriptivo sean seleccionados y empleados como son usados en la práctica por el *spoudaios* (equivalente al *phronimos* o prudente), de modo que «los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos»[30]. Desde esa matriz realista y en conexión con los otros niveles del saber práctico insistamos: «La ciencia puramente especulativa, como las matemáticas, no vale nada para la práctica de la virtud; la ciencia moral vale algo, o mejor vale mucho para vivir honestamente, porque traza las grandes líneas del bien vivir; pero la prudencia lo vale todo, porque orienta y ordena eficazmente toda la vida moral»[31]. Por supuesto, que si bien se habla de la prudencia como un hábito o virtud, cabe la posibilidad de tener juicios prudentes (discernimiento de la conducta buena o justa concreta o circunstanciada) aunque se carezca del hábito de formularlos, pero quien tiene el hábito puede realizarlos de manera fácil y deleitable. Reiteremos que podemos aludir a la razón práctica genéricamente refiriéndonos siempre a su objeto que es saber o dirigir los comportamientos humanos en orden al bien, pero también queremos destacar que dicha razón práctica tiene diferentes niveles noéticos que van desde lo más universal o general hasta lo concreto o circunstanciado. Asimismo, recordemos que esa racionalidad si bien es posible centrarla en el mundo estrictamente jurídico, ella es inescindiblemente moral y política[32].

Dentro de los autores neoconstitucionales actuales, nos parece evidente que uno de los que más empeño y ambición ha puesto para reconciliar la razón con el derecho es Robert ALEXY. Es tesis central del profesor de Kiel: «El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad», que incluye: «La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia»[33]. El camino teórico para alcanzar aquellas conclusiones, parte de la «pretensión de corrección» de quienes formulan y actúan en el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo o ejecutándolo (paradigmáticamente el legislador y el juez), y así, incorporan afirmacio-

---

[28] *Ibid.,* I, q. 1, a. 6, ad. 3.

[29] TOMÁS DE AQUINO, *In I Sent.,* d. 17, q. 1, a. 4, ad. 2.

[30] J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales, op. cit.,* 49.

[31] S. RAMÍREZ, *La prudencia,* Madrid, Palabra, 1982, 80.

[32] J. FINNIS, «Natural Law and Legal Reasoning», en R. P.GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays,* Oxford University Press, 1992, 134-157.

[33] R. ALEXY, *La institucionalización de la razón,* J. A. SEONE (trad.), *Persona y Derecho,* Universidad de Navarra, núm. 43, (2000), 237-238.

nes que conllevan implícita y necesariamente que las mismas son material y procedimentalmente correctas. El segundo paso es que esa pretensión incluye una «pretensión de fundamentabilidad», y aquí se cuenta con la «teoría del discurso práctico general» que posibilita por medio de un procedimiento de «argumentación práctica racional» alcanzar respuestas o normas correctas o verdaderas; en palabras del profesor alemán: «La teoría del discurso en una teoría procedimental de razón práctica .Conforme a ella, una proposición práctica o normativa es correcta (o verdadera) si y solo si ella es el resultado de un discurso práctico racional. Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no-contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discursos .Estas reglas aseguran a cada individuo el derecho de participar en el discurso, así como el derecho a cuestionar o defender cualquiera de sus propias afirmaciones»[34].

Las referidas reglas alexyanas definen un discurso ideal que se constituye en una «idea regulativa» respecto a los discursos reales, de manera que «cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que este debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda»[35]. Pero la teoría del discurso ofrece debilidades, la primera es el «problema del conocimiento» de la respuesta que se busca dentro de lo discursivamente posible, de ahí la necesidad del derecho en orden a garantizar una decisión al respecto (las votaciones en el Parlamento es un ejemplo de ello). La segunda dificultad es la de la «observancia» de la repuesta alcanzada mediante el discurso práctico, para ello está el derecho respaldado por la coerción. El tercer inconveniente es el de la «organización» de las acciones individuales y la cooperación para alcanzar objetivos y exigencias deseables, y a esos fines está el derecho que organiza al mismo derecho.

El derecho creado desde el discurso práctico no puede pretender solo normas que permitan resolver todos los casos mediante subsunción, dado la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas y normas que imponen soluciones absolutamente incorrectas o injustas. Esos inconvenientes suscitan en la teoría no-positivista de ALEXY «una apertura necesaria del derecho» que implica: el argumento de los principios y la tesis del caso especial. «La pretensión de corrección conduce —según ALEXY— a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto de derecho [...] la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el derecho sean correctos. Así, la corrección jurídica incluye elementos de corrección moral [...]. Si la pretensión de corrección debe ser satisfecha, tal satisfacción debe ser una argumentación moral racional»[36]. La tesis del «caso es-

[34] R. ALEXY, *La doble naturaleza del derecho* (2010), J. A. PORTOCARRERO (trad.), en *La doble dimensión del Derecho,* C. BERNAL PULIDO (ed.), Lima, Palestra, 2011, 39.

[35] R. ALEXY, *La institucionalización de la razón,* art. cit., 231.

[36] *Ibid.,* 245 y ss.

pecial» dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, pues ambos tratan sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido, pero el discurso jurídico no refiere a lo «absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto»[37], por ende, la argumentación jurídica está vinculada a la ley, al precedente y a la ciencia jurídica, y si en ellas está la respuesta fijada claramente y «no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional»[38].

En síntesis, en la ambiciosa teoría alexyana el derecho es «institucionalización de la razón», que implica para todas las normas jurídicas sujetarlas a la pretensión de corrección y auspiciar como matriz de las mismas el discurso práctico argumentativo (en el que caben argumentos morales, éticos y pragmáticos)[39], este conlleva opciones discursivamente imposibles (p. ej., la esclavitud) y opciones discursivamente necesarias (p. ej., los derechos humanos). Concluyamos con ALEXY que una norma o un sistema normativo que no formule explícita o implícitamente una pretensión de corrección no pertenecen al derecho.

Comentando la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, Alfonso GARCÍA FIGUEROA concluye de manera categórica: «Una norma deja de ser jurídica cuando ha perdido toda aptitud (toda su disposición) para formar parte de un razonamiento práctico. Si una norma no sirve para articular una justificación en ningún caso posible, entonces no funciona [...]. Toda norma se halla condicionada por su aceptabilidad discursiva»[40]. Esta idea de aceptabilidad discursiva por supuesto que remite centralmente a HABERMAS con su reiterada tesis: «Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»[41], que implica que en «la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de esta»[42], con la precisión que «en el procedimiento democrático de legislación debe agotarse el potencial de racionalidad de las deliberaciones en toda su amplitud de posibles aspectos de validez, y de ningún modo únicamente desde la perspectiva moral de la generalización igualitaria de intereses»[43].

El debilitamiento del positivismo jurídico en tanto su incapacidad para explicar al Estado de derecho constitucional[44], supone también la crisis de sus conceptos y definiciones, y respecto al tema de la validez es evidente que prefirió postular un concepto descriptivo de validez que eludiera el tema del contenido, la justificación o el fundamento, y un ejemplo es el propuesto por VON WRIGHT que reduce la validez de una norma a la legalidad del acto de creación en tanto autorizado por otra norma superior

---

[37] *Ibid.,* 248.

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.,* 249.

[40] A. GARCÍA FIGUEROA, «El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli», en G. MARCILLA (ed.), *Constitucionalismo y garantismo,* Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, 126.

[41] J. HABERMAS, *Facticidad y validez* (1992), M. JIMÉNEZ REDONDO (trad.), Madrid, Trotta, 1998, 172.

[42] *Ibid.,* 223.

[43] J. HABERMAS, *Entre naturalismo y religión* (2005), P. FABRA, D. GAMPER, F. J. GIL MARTÍN, J. L. LÓPEZ DE LIZAGA, P. MADRIGAL y J. C. VELASCO (trads.), Barcelona, Paidós, 2006, 99.

[44] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Dejemos atrás al positivismo jurídico», *Isonomía,* México, ITAM, 2007, núm. 27.

del sistema[45]. Ese reductivismo descriptivista que reducía la validez a «los procesos legítimos de producción y reconocimiento de las normas» iba acompañado por una afirmación de la ciencia jurídica a la que le estaba vedado introducirse en terrenos axiológicos, éticos o políticos[46]. Incluso otra manifestación importante de esa perspectiva parcial e interesada la encontramos en BOBBIO[47] cuando en un trabajo específico sobre derecho y razón, distingue entre una «razón fuerte» o sustancial que tiene por objeto crear, descubrir o revelar el derecho, y otra «razón débil» o formal cuyo objeto es aplicar las reglas ya creadas a los casos concretos, pero después de KANT —precisa el maestro italiano— ya no se habla del derecho como producto de la razón, y cuando se evoca la razón por la teoría del derecho se está hablando del razonamiento jurídico o interpretación, o sea de una razón formal o instrumental; desde esos presupuestos BOBBIO concluye que expresiones como «"Ley de la razón" o "derecho racional" han desaparecido de nuestro diccionario», y arguye que «a través del dominio incontrastado del positivismo y del historicismo jurídicos desde comienzos del siglo pasado (XIX) en adelante, la idea del derecho natural se licuó y la escisión entre derecho y razón quedó irremediablemente consumada». Es interesante la réplica que le formula E. PATTARO a ese trabajo de BOBBIO en tanto aceptando partir de la distinción entre «razón fuerte» y «razón débil» construye cuatro concepciones sobre el modo de entender las relaciones entre razón y derecho: 1) iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI y XVII: la razón humana es capaz de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte) y deducir desde ellos de manera rigurosa conclusiones necesarias (razón fuerte); 2) TOMÁS DE AQUINO: la razón humana es capaz de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte), pero no es capaz de derivar de ellos conclusiones necesarias, sino solamente plausibles (razón débil) frente a problemas jurídicos concretos; 3) PERELMAN: la razón humana es capaz de conocer solamente principios verosímiles o aceptables del derecho (razón débil) y puede alcanzar conclusiones plausibles, pero no necesarias (razón débil), y 4) PECZENIK: la razón humana es capaz de conocer solamente principios verosímiles y aceptables del derecho (razón débil), pero desde ellos puede alcanzar conclusiones necesarias (razón fuerte)[48]. No caben dudas que aquel esquema bobbiano esta formulado desde una matriz positivista, e ignora todos los esfuerzos en orden a rehabilitar la razón práctica y a reclamarla para la autoridad.

4. REQUERIMIENTOS Y PROYECCIONES PRÁCTICAS

En el punto anterior hemos intentado aducir a favor del concepto de validez jurídica centrado en la normatividad justificada racionalmente, apoyándonos en la teoría del realismo jurídico clásico como en la teoría discursiva no-positivista de R.

---

[45] Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action (A Logical Enquiry),* London, Routledge & Kegan Paul, 1963, 194-196.

[46] Cfr. M. J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica,* Madrid, Civitas, 1991, 135.

[47] N. BOBBIO, «La razón en el derecho (observaciones preliminares)», A. RUIZ MIGUEL (trad.), *Doxa,* núm. 2 (1985), 17-26.

[48] E. PATTARO, *La razón en el derecho. Comentario a Norberto Bobbio,* M. ATIENZA (trad.), *Doxa,* núm. 2, (1985), 147-152.

ALEXY. Ambas reconocen que el derecho queda conectado esencial y necesariamente con la razón práctica, por lo que si junto a la pretensión de hacer nacer al derecho se incurre en una violación evidente de las exigencias puestas por aquella, se abortará ese propósito[49]. Pero en este punto queremos avanzar en algunas proyecciones prácticas que de algún modo remiten a la definición de validez jurídica que auspiciamos, y fundamentalmente desechan asociar la validez con explicaciones meramente descriptivistas.

Sin duda que las teorías de la argumentación jurídica han contribuido decididamente a superar la noción de validez jurídica asimilada a corroborar las formas de la creación normativa sin introducirse en cuestiones valorativas. Advierte ATIENZA que «la práctica del derecho —especialmente en los derechos del Estado constitucional— parece consistir de manera relevante en argumentar», y ello responde —entre otras causas— que en «la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia —sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría— exige «ciudadanos capaces de argumentar racional y competente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común»[50]. El actual juez del Tribunal Constitucional y catedrático de Filosofia del Derecho, Andrés OLLERO, concluye: «Se quiera o no, esta rehabilitación de la razón práctica lleva consigo una recuperación del clásico derecho natural. Por más que el dualismo derecho-ley resucitara en la posguerra mundial, no aportaba nada muy distinto de lo ya diagnosticado siglos antes por TOMÁS DE AQUINO: "Que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho". Se ha decidido pues abandonar el voluntarismo jurídico para reabrir paso a una clásica querencia cognoscitivista. Todas las normas que integran el ordenamiento han de ser razonablemente interpretadas del modo más favorable para unos derechos, que ellas no logran por sí solas explicitar pero que la Constitución ampara y garantiza»[51].

El campo de la argumentación constitucional ha sido un terreno muy fértil para asimilar nociones normativas de validez, en las que necesariamente aparece la exigencia de justificación racional. Al respecto, está fuera de discusión que los Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos, como los Tribunales supranacionales de derechos humanos que fueron creándose a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, han encontrado en la jurisprudencia constitucional norteamericana una fuente importante de inspiración y seguimiento. Precisamente en este ámbito se generó, a través de autores como THAYER y BICKEL la tesis de vincular constitucionalidad y racionalidad, por eso Enrique ALONSO GARCÍA señala: «Existen, sin embargo, determinados preceptos constitucionales en que la razonabilidad o racionalidad se convierte en el parámetro por excelencia del examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos

[49] C. BERNAL PULIDO concluye: «Las tesis de Alexy retoman las banderas de la teoría del derecho natural, tal como las postularan Tomás de Aquino o los clásicos de la Escuela de Salamanca, y en tiempos más recientes autores como John Finnis en Oxford», en *Estudio Introductorio. La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy* (2010), J. A. PORTOCARRERO QUISPE (trad.), en *La doble dimensión del Derecho,* Lima, Palestra, 2011, 25.

[50] M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2013, 21.

[51] A. OLLERO, *El derecho en teoría,* Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, 254.

o normas [...]. El test de la razonabilidad se ha convertido, pues, en el instrumento interpretativo clásico de gran parte de los derechos fundamentales [...]. Se trata ahora de la racionalidad no como equivalente a la ausencia de duda, sino como equivalente a la necesidad de que la ley sea razonable»[52]. Es que cualquier caso jurídico de relevancia seguramente encierra explícita o implícitamente un conflicto de valores, principios o derechos humanos, que requiere un discernimiento racional en respeto de los mismos derechos humanos.

En este esfuerzo contemporáneo y en sintonía con el Estado de derecho constitucional, nos parece interesante el trabajo de ATIENZA en relación a la racionalidad de la ley afirmando: «Lo que parece indiscutible es que, en la actual cultura jurídica, la problemática de la racionalidad de la legislación no solo es una cuestión abordable, sino que podría decirse que constituye incluso uno de sus rasgos más típicos» y luego de reconocer que el interés por los estudios sobre la legislación se remontan a la década de los setenta, destaca «que el actual auge de este tipo de estudios [...] se conecta sin duda con la crisis de la legislación que, a su vez, es un aspecto de la crisis del Estado de Bienestar y, más en general, de la crisis social y civilizatoria de este final del milenio»[53]. En definitiva, el catedrático de Alicante identifica cinco tipos o niveles de racionalidad: racionalidad comunicativa o lingüística, racionalidad jurídica-formal o sistémica, racionalidad pragmática (procura que los destinatarios cumplan la ley), racionalidad teleológica (que la ley alcance los fines) y racionalidad ética (las conductas y los fines presuponen valores susceptibles de justificación ética). En ALEXY el derecho no solo puede ser visto como la institucionalización de la razón práctica[54], sino que «el constitucionalismo democrático o discursivo es la forma política de la institucionalización de la razón»[55]. En el ámbito de la teoría jurídica continental europea las teorías de la argumentación han contribuido decididamente a reclamar la racionalidad justificatoria en las decisiones judiciales, pero de lo que se trata es de extender aquella pretensión a todas las normas, especialmente a las legales, superando el decimonónico dogma del legislador racional, «lo que ahora nos interesa —digamos con EZQUIAGA— es la decisión productora del derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción de derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia objetivos»[56].

En definitiva, esta recuperación de la razón al campo de la creación y aplicación del derecho supone de algún modo reivindicar el viejo *Rule of Law* como gobierno de la ley o la razón frente al gobierno de los hombres (ARISTÓTELES: «Es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos [...]. La ley es, por tan-

---

[52] A. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 204-205. También A. BARAK ha destacado la decisividad que encierra en la actuación del control constitucional la «zona de razonabilidad»; cfr. «A judge on Judging: The Role of a Suprem Court in Democracy», *Harvard Law Review,* 2002.

[53] M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid, Civitas, 1997, 95.

[54] Cfr. R. ALEXY, *La institucionalización de la razón,* art. cit.

[55] R. ALEXY, *Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años* (2010), J. A. PORTOCARRERO (trad.), art. cit. en C. BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del Derecho, op. cit.,* 46.

[56] F. J. EZQUIAGA, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», *Isonomía*, núm. 1 (1994), 70.

to, razón sin deseo»)[57]. Se trata no solo de exigencias formales (al modo de RAZ[58] o FULLER[59]), sino también sustanciales como lo subraya F. VIOLA: «Los principios de justicia natural, la composición de, y la accesibilidad a, las cortes de justicia, la argumentación jurídica como forma de argumentación pública, los poderes de revisión del juez, son hoy elementos del *rule of law* bastante más importantes que las características generales de las leyes»[60].

5. REQUISITOS DE LA VALIDEZ JURÍDICA O DE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA NORMA JURÍDICA

Insistamos que la «normatividad justificada» instala a la norma en el campo del derecho gracias a la racionalidad que exhibe los argumentos o razones que la respaldan o justifican. Por supuesto, que el subsiguiente problema es especificar cuáles son esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma como para concluir su validez o justificación. La aparición en el derecho de una norma requiere someterla a un test de validez variado que en nuestra propuesta transitará por diez ámbitos[61] específicos y uno más de carácter genérico, integral y final, por eso pasemos ahora a esos requisitos.

5.1. Racionalidad orgánica(RO)

En primer lugar, tenemos la racionalidad que conlleva que la norma sea dictada por el órgano que tiene competencia para ello. Desde una mirada gnoseológica clásica, se insiste que la razón práctica tiene por objeto las conductas humanas a los fines de dirigirlas poniendo reglas y medidas en las mismas, lo cual implica imponerle un orden que necesariamente incluye en el campo del orden social-político asignar competencias a las diferentes autoridades, y entre ellas establecer aquellos que dictarán reglas jurídicas —generales e individuales— que definirán derechos y deberes. Precisamente, conspiraría contra el más elemental y racional orden jurídico que cualquiera pudiera dictar la regla que quisiera, sea en relación a destinatarios, a la materia, al espacio, al tiempo o a la jerarquía; pues en ese marco no hay ninguna posibilidad de saber qué es lo que puedo, debo o tengo prohibido hacer. Por supuesto que esta dimensión de la validez aparece también asumida ortodoxamente por la teoría pura en tanto dentro de la creación dinámica y escalonada del orden jurídico, la validez de cada norma se funda en la norma superior que determina la forma de producir a esa norma inferior: «una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma, esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera»[62]. La doctrina se ha encargado de reconocer que en el derecho hay normas

---

[57] ARISTÓTELES, *Política*, III, 16, 1287a.

[58] J. RAZ, «The Rule of Law and its Virtue», en *The Authority of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1979.

[59] L. FULLER, *The Morality of Law,* New Haven, Yale University Press, 1969.

[60] F. VIOLA, «Il Rule of Law e il concetto di diritto», *Ragion Pratica,* núm. 30, 163.

[61] R. SUMMERS habla de *«tests of validity»* identificando cinco tipos: 1. *«source-oriented»*; 2. *«content-oriented»;* 3. *«process-oriented»;* 4. *«acceptance-oriented»,* y 5. *«effectiveness-oriented»,* en «Towards a better general theory of legal validity», en *Rechtstheorie, 1*985, 16 Band, Heft 1, 65-83.

[62] H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho, op. cit.,* 232.

de conductas, pero también normas organizativas (o constitutivas) que asignan poder (*power-conferring rules*). Esta racionalidad orgánica (RO) no ofrece mayores debates, e incluso en el esquema de las causales de la injusticia que por ejemplo nos propone TOMÁS DE AQUINO o FINNIS[63] se incluye precisamente entre ellas, el supuesto que la norma haya sido dictada por quien no tenía competencia a esos fines. Un interesante problema vinculado con la competencia jurígena trata AQUINO cuando luego de afirmar que «el poder de legislar es exclusivo de la comunidad o de quien la representa»[64], se plantea la pregunta de si es posible que una costumbre tenga fuerza para «abolir» a una ley, y la respuesta positiva se justifica dado que «el consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes solo en cuanto representante de la multitud»[65], aunque esa conclusión no contradice la naturaleza racional del derecho porque «es manifiesto que, cuando se repite algo con mucha frecuencia, procede de un deliberado juicio de la razón»[66]. Es evidente, y por ello no es necesario más consideraciones, que es absolutamente irracional exigirle a alguien que cumpla la orden de alguien que carece de competencia para ello.

5.2. Racionalidad Procedimental (RP)

En segundo lugar, está la «racionalidad procedimental» (RP) que supone que la norma válida es aquella que surge al cabo del proceso que se ha previsto para su creación. Está claro que teorías como la de ALEXY han subrayado la importancia decisiva en esa racionalidad: «Una norma es correcta, y por tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber el de un discurso práctico racional»[67], y si bien esa afirmación corresponde no estrictamente al plano jurídico, recordemos que en la visión alexyana el discurso jurídico es «un caso especial» del discurso práctico, por ende, se hacen presente en el mismo las 28 reglas que garantizan la racionalidad del diálogo, aunque limitadas las exigencias contenidas en aquellas por la ley, la ciencia jurídica, la jurisprudencia y el derecho procesal. De todas maneras, también resulta claro que es posible juzgar acerca de la racionalidad de una norma en función del procedimiento que se ha seguido para su formulación, y ello resulta central en la filosofía del derecho de Michel VILLEY dado que ella se ocupa, por un lado, del problema ontológico o del fin del derecho, y por otro lado, de «los medios: de los caminos que se han de seguir para hallar el justo reparto, para inventar la solución de derecho»[68]. Este camino que posibilita que nazca el derecho es para VILLEY la dialéctica con sus reglas formales o procedimentales, las que sintéticamente incluyen: *ponere causam* (el caso en el que hay que decir el derecho), el diálogo en el se confrontan las posiciones y las definiciones o

---

[63] J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales, op. cit.,* 380.

[64] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I-II, q. 90, a. 3.

[65] *Ibid.,* S.T. I-II, q. 97, a. 3.

[66] *Ibid.*

[67] R. ALEXY, *Ley fundamental y Teoría del discurso* (1996), D. OLIVER-LALANA (trad.), en *Las razones de la producción del derecho,* N. CARDINAUX, L. CLÉRICO y A. D'AURIA (coords.), Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA, 2006, 19.

[68] M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho* (1975), DIORKI (trad.), J. VALDÉS y MENÉNDEZ VALDÉS (rev.), Pamplona, Eunsa, 1979, t. II, 25.

conclusiones jurídicas. El derecho como resultado de la razón no puede establecerse de cualquier manera, por eso hay caminos fijados por la razón para alcanzarlo y caminos rechazados por su imposibilidad de respaldarse con razones justificatorias. La razón práctica no solo se ocupa de definiciones sustanciales, sino también define procedimientos o métodos, y ello claramente se visibiliza en la teoría de FINNIS atento a que su razón práctica no solo tiene por objeto sustancial los bienes humanos básicos, también resulta procedente vincular dicha razón práctica a las nueve exigencias de la razonabilidad prácticas previstas por FINNIS, las que en definitiva «expresan "el método de la ley natural" para elaborar la "ley natural" (moral) a partir de los primeros "principios de la ley natural" (premorales) [...] versan sobre los tipos de razones por las que (y de este modo las formas en que) hay cosas que moralmente (no) deben hacerse»[69]. En esta racionalidad está implícita que hay procedimientos o modos mejores y peores para elaborar una norma, y, por ende, también están aquellos que carecen de toda racionalidad, lo que afecta normalmente también a su resultado creativo.

5.3. Racionalidad Sistémica (RSt)

En tercer lugar, el destino de la norma es integrarse junto a otras normas, de manera de componer un ordenamiento o sistema jurídico. Si bien esta «racionalidad sistémica» (RSt) nos instala en la teoría jurídica contemporánea, en tanto el antecedente puede ser la obra «Sistema de derecho romano actual» de SAVIGNY, es cierto que el derecho actual presenta una amplitud y densidad que obliga a computar y reclamar desde la racionalidad su necesaria coherencia y consistencia. Tanto RAZ, MACCORMICK o ALCHOURRÓN-BULYGIN han desarrollado sendos aportes como para que el derecho se presente al jurista con la indispensable sistematicidad, con unidad, completitud, jerarquía, economía y coherencia. En definitiva, la pretensión del derecho de guiar racionalmente conductas se erosiona sensiblemente si el destinatario del mismo se enfrenta con normas que pretenden conductas contradictorias o que remiten a valores o fines igualmente contradictorios. De ese modo la teoría reconoce un problema racional cuando identifica antinomias, y consiguientemente, propone criterios diversos orientados a la solución racional de las mismas, vía la jerarquía, la temporalidad, la especialidad, la competencia, el valor, etc. En la propuesta post-positivista de MACCORMICK además de las razones sustantivas propias de la argumentación práctica, reconoce ya en el campo jurídico a los argumentos interpretativos, y entre estos se destacan los argumentos sistémicos: «En los dilemas interpretativos, recurrir a la argumentación sistémica muestra una consideración especial por esta cualidad general de coherencia racional e inteligibilidad en el derecho. Involucra la imposición de un principio superior de racionalidad en la realidad institucional del derecho»[70]. Es evidente que imaginarnos un ordenamiento normativo en donde se detecten contradicciones, ello resulta un obstáculo elemental a la comprensión racional. El análisis de EZQUIAGA[71]

---

[69] J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.,* 134.

[70] N. MACCORMICK, *Argumentación e interpretación en el Derecho*, J. L. FABRA ZAMORA y L. S. GUEVARA (trads.), *Doxa,* 33, (2010), 73.

[71] F. J. EZQUIAGA, «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», en R. VAZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial,* México, Fontamara, 2003, 178-181.

en torno al argumento sistemático especialmente en torno a la ley incluye los argumentos: *a cohaerentia* (enfrenta la incompatibilidad entre normas), *sedes materiae* (apela al contexto normativo o localización topográfica de la norma para clarificar su significado), *a rúbrica* (utiliza el título en el que está la norma en cuestión para precisar su significado) y el sistemático en sentido estricto (para la atribución de significado se tiene en cuenta el contenido de las otras normas). Si institucionalmente el derecho pretende ser un orden racional no puede tolerar mandatos contradictorios, y también debe definir modos de creación que reduzcan el margen para la existencias de dichas antinomias. Desde una perspectiva realista clásica KALINOWSKI en su *Introducción a la lógica jurídica* se ha encargado de escribir: «El derecho es (o por lo menos debe ser) una regla de conducta dictada por la razón. Toda norma jurídica exige por tanto, como toda proposición sostenida por un jurista, ser racionalmente justificada. Los medios de justificación racional de las normas son análogos a los que utilizan los juristas para justificar el carácter racional y el valor de verdad o probabilidad de sus enunciados teóricos. Existen, efectivamente, normas jurídicas evidentes y no-evidentes. Las primeras se justifican racionalmente por su evidencia analítica [...]. Las normas jurídicas no evidentes tienen su justificación racional en una prueba. Existen dos categoría de pruebas de lo racionalmente bien fundado de las normas jurídicas no evidentes, así como hay dos grupos de pruebas jurídicas en materia de proposiciones no-normativas del jurista. Unas son proporcionadas por la lógica: son los raciocinios deductivos deónticos, regidos por las reglas lógicas que se fundan en las leyes de las normas. Las otras son propias del derecho. Una norma jurídica no-evidente puede ser válida no en virtud de su carácter de conclusión deductiva normativa, sino porque es dictada por aquel a quien una norma jurídica, racionalmente justificada y por este hecho en vigor, confiere un poder legislativo del que hace uso conforme al alcance de la delegación recibida»[72].

5.4. Racionalidad Lógica-Lingüística (RLL)

En cuarto lugar, corresponde reclamar a la norma misma la posibilidad efectiva de su comprensión, de lo contrario resultaría irracional pretender que el destinatario la cumpla. Esta racionalidad básicamente lógica-lingüística (RLL), se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica, como también al seguimiento de las convenciones lingüísticas a las que pertenece el destinatario, de manera que el mensaje normativo sea comprendido. Recordemos que las reglas alexyanas del discurso incluyen como reglas generales de la racionalidad: la ausencia de contradicción, la claridad lingüística y conceptual. Pero esta necesaria comprensión abarca claridad en la definición de la conducta prescripta, y a este respecto, siguiendo a VON WRIGHT, recordemos algunos elementos constitutivos de las normas: *a)* carácter: si son de obligación, prohibición o permiso; *b)* contenido: qué comportamiento es el mandado, prohibido o permitido; *c)* condición de aplicación de la norma; *d)* sujeto destinatario; *e)* ocasión espacial y temporal de aplicación, etc[73]. Cualquier imprecisión u obscuridad relevante respecto

[72] G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica* (1965), J. A. CASAUBÓN (trad.), Buenos Aires, Eudeba, 1973, 162.

[73] Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action (A Logical Enquiry), op. cit.,* c. V, 70-92, y F. J. LAPORTA, *El imperio de la Ley*, Madrid, Trotta, 2007, 85-106.

a esos elementos impacta en la racionalidad de la norma y, consecuentemente, en su comprensión racional. Recordemos que AQUINO se hace cargo de la definición de ley formulada por San Isidoro que entre otros requisitos incluye que debe ser «claramente expresada», pero también subraya que «la promulgación es de la esencia de la ley» y consecuentemente concluye: «Para que la ley adquiera fuerza obligatoria, que es lo propio de la ley, es necesaria su aplicación a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Tal aplicación se realiza cuando, mediante la promulgación, se pone en conocimiento de aquellos hombres [...] una vez promulgada, la conocen o pueden venir a conocimiento de ella por medio de otros»[74]. Sería absolutamente irracional exigirle a alguien que asuma las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando ni siquiera se le brindó la posibilidad de conocerla o comprenderla dado que ella se expresa de manera ininteligible o en un lenguaje que ignora, o porque afirma y niega al mismo tiempo. Conforme a la referida racionalidad podemos leer en ATIENZA: «Una ley es irracional (o no es racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación»[75]. Este requisito de la racionalidad de la norma jurídica, como los anteriores, han recibido reiterada ratificación jurisprudencial, e incluyo hay algunos ejemplos interesantes en relación a población indígena (por ejemplo en México) de invalidez por dictarse la norma en un lenguaje que no conocen los destinatarios.

5.5. Racionalidad Teleológica (RT)

En quinto lugar, la racionalidad se proyecta en el plano teleológico (RT) en tanto ella requiere que el fin procurado resulte avalado por el derecho en cuestión, y, sobre todo, que los medios contemplados en la norma resulten idóneos para alcanzar el fin propuesto. Esta RT también se hace presente cuando la norma pretende algún fin amparado por el derecho que se contrapone a otro fin igualmente protegido por el derecho. Pretender que se realice una cierta conducta porque ella promoverá o logrará cierto objetivo, pero si al mismo tiempo se constata que no existe conexión entre aquel medio y este fin, solo corresponde concluir que esa pretensión es irracional. También aquí podemos acudir a ALEXY en relación al subprincipio de «idoneidad» dentro del principio de «razonabilidad», y concluir con el profesor alemán que corresponde descalificar a la norma que escoge e impone un medio que no conduce al fin que se propone, más aún, uno de los ejemplos jurisprudenciales que trae en aval ALEXY es la norma que requería de conocimientos comerciales especiales para instalar máquinas expendedoras de tabaco, la que es descalificada dado que ese requisito resulta irrelevante en orden al fin que dice proteger, o sea la salud de los consumidores. AQUINO al avalar expresamente la definición de la ley tomada de San Isidoro, declara: «El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres»[76], por eso, un modo de la injusticia es cuando la ley no procura el bien común, como por ejemplo «cuando un soberano impone leyes onerosas a sus súbditos mirando a la gloria y los interés propios más que la utilidad común»[77]. Pero

[74] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I-II q. 90, a. 4.
[75] M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid, Civitas, 1997, 29.
[76] TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, I-II, q. 95, a. 3.
[77] *Ibid.,* q. 96, a. 4.

además de esta finalidad intrínseca que tiene la norma jurídica, también puede concluirse en el esquema tomista acerca de cómo se interrelacionan razón y voluntad, que resultaría irracional la ley en donde los medios no guardan conexión con el fin valioso, es que «la razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad, como queda dicho; pues, por lo mismo que la voluntad apetece el fin, la razón impera acerca de los medios que a él conducen. Sin embargo, para que la voluntad, al apetecer esos medios, tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse que la voluntad del príncipe se constituye en ley. De otro modo, no sería ley, sino iniquidad»[78]. Al respecto, corresponde recordar que la prudencia en general, y la jurídica en particular, tiene por objeto establecer racionalmente, pero en concreto, los medios o la medida de las otras virtudes que deben ejecutarse. Es un principio metafísico que el fin tiene razón de principio, por ende, la actividad comienza racionalmente cuando se procura alcanzar un cierto objetivo, de modo que si se carece de finalidad propiamente no puede haber movimiento con sentido, y también se afecta la racionalidad cuando el movimiento no tiene posibilidad de alcanzar el fin declarado. En la causa *Dessy* la Corte Suprema argentina invalida un reglamento carcelario que facultaba a abrir las cartas enviadas por los reclusos, en base a que se intenta justificar el mismo apelando a que ese medio conducía a la re-socialización de los mismos.

5.6. Racionalidad Científica (RC)

En sexto lugar, la ley debe respetar y conformarse a aquellas verdades evidentes o que la ciencia tiene por acreditadas de manera categórica;pues, si se obliga o pretende situaciones o comportamientos reñidos con lo confirmado epistemológicamente en la realidad de las cosas, estará imponiéndose una exigencia irracional de imposible o muy oneroso e irracional cumplimiento. De algún modo, podríamos reconocer que esta validez o racionalidad científica (RC) aparece reconocido por KELSEN cuando afirma: «La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse»[79]. También aquí podemos recordar a ALEXY dado que entre las veintiocho exigencias generales del argumentar práctico-racional se incluye «la verdad de las premisas empíricas utilizadas»[80], pues en el terreno de la justificación externa del razonamiento jurídico está la necesidad de justificar premisas o enunciados empíricos recurriendo a las ciencias. Más allá de antecedentes y de los terrenos en donde funciona la justificación jurídica, no puede sostenerse la racionalidad de una norma cuando ella contradice verdades demostradas; es que en definitiva la racionalidad es una y, por ende cuando sabemos demostrativamente lo que son y no son las cosas, ello debe ser respetado por todo aquel que pretenda racionalidad en su discurso o mandato. La tesis pregonada por TARUFFO específicamente desde el campo procesal que «la verdad es condición de la justicia» y que no hay dos verdades sino solo una(en base a la «teoría de la correspondencia»), puede extenderse para

[78] *Ibid.,* I-II, q. 90, a. 1.
[79] H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.,* 24.
[80] R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.,* 137.

todo el campo del derecho. Desde los autismos epistemológicos y las voluntades configurativas podía negarse la obviedad que la verdad acreditada conlleva su respeto por la razón de todo jurista, pues el costo de su rechazo es caer en la irracionalidad. Por eso resulta criterio jurisprudencial consolidado, el invalidar una sentencia que decide apoyándose en falsedades o rechazando verdades acreditadas por la ciencia, así por ejemplo, cuando se decide una demanda de filiación en contradicción con la prueba del ADN.

5.7. Racionalidad Sociológica (RS)

En séptimo lugar, incluimos la exigencia para la ley que ella guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula. Esta validez o racionalidad sociológica (RS) la señala TOMÁS DE AQUINO cuando glosando la definición de la ley de San Isidoro destaca que la ley debe conformarse a las costumbres, porque de lo contrario ello no generará los hábitos que pretende propios de un «buen ciudadano», y lo que es peor, podría frustrar lo bueno posible o debilitar la autoridad *prima facie* que es conveniente que goce la ley. Aquí aparece la noción de «validez social» usada por ALEXY, que a su criterio «es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia»[81]. Es funcional a la presente exigencia racional, apelar a la teoría de AARNIO de la *«rational acceptability of the audience»*[82] en tanto el discurso racional tiene los límites establecidos por la «forma de vida». Vayamos una vez más a la palabra de AQUINO, que siguiendo a San Isidoro ratifica que la ley debe ser «apropiada a las costumbres del país», aclarando que la ley prevalece sobre la costumbre con la excepción de «aquellas leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria, porque esa armonía es una de las condiciones de la ley; es, en efecto, muy difícil desarraigar la costumbre de todo un pueblo»[83]. Esta correspondencia entre el mandato legal y la realidad social a la que se dirige, también queda reflejada cuando el Aquinate observa que así como un padre no manda a todos los hijos lo mismo, no resultaría racional que la norma jurídica exigiera lo mejor pero imposible, de ahí también que es doctrina tomista la «tolerancia al mal» desde la tesis que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Esta preocupación por ajustar el derecho a la sociedad y su *ethos* se hace presente en relación al derecho indígena y sus complejas y dificultosas relaciones con el derecho estatal[84]. Es que el derecho procura cierta eficacia dado que resultaría irracional imponer conductas que en términos culturales se tornan impracticables o con un enorme costo personal. Por eso, una de las dimensiones de la validez o elemento del concepto de derecho reconocido por ALEXY es la aludida eficacia social (con la salvedad que no adhiere a posiciones, como la de ROSS, que reduce la validez a la vigencia social), y a ese respecto, se requiere el aporte de la sociología jurídica en orden a comprobar si la norma es obedecida o si se aplica la san-

---

[81] *Ibid.,* 88.

[82] Cfr. A. AARNIO, «On the validity, efficacy and acceptability of legal normas», en *Objektivierung des Rechtsdenkens,* Berlin, Duncker und Humblot, 1984, 427-438.

[83] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I-II, q. 97, a. 3.

[84] Cfr. N. SAGUÉS, *La interpretación judicial de la constitución*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2013, cap. 13.

ción en caso de desobediencia. Por otro lado es claro que la desobediencia masiva de una norma terminará haciéndola desaparecer por vía del desuetudo o de la costumbre derogatoria o abrogatoria.

5.8. Racionalidad Axiológica (RA)

En octavo lugar, aparece la exigencia en relación al contenido de la ley indicándole que no contradiga de modo grave la moral o la justicia. A esta racionalidad la podríamos llamar axiológica (RA) y ha sido defendida desde siempre por el realismo jurídico clásico, en tanto reclamar para el derecho que respete de algún modo la moral racional cuyo objeto son las conductas sociales, o más concretamente la justicia, dado que su fin es el bien común, y en aras de este no prohíbe el derecho todas las conductas inmorales ni exige todas las morales («La ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar; y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse»[85], y «la ley humana no prescribe lo concerniente a todos los actos de cada una de las virtudes, sino solamente aquellos que son referibles al bien común»[86]). Desde esa perspectiva puede suscribirse desde el realismo jurídico clásico la fórmula radbruchiana que ha defendido y divulgado ALEXY que «la injusticia extrema no es derecho», de ese modo no se exige una «correspondencia perfecta entre el derecho y la moral [...] solo cuando se traspasa el umbral de la injusticia intolerable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez»[87]. MACCORMICK en sintonía con las enseñanzas de ALEXY admite que la creación del derecho conlleva implícitamente la pretensión de justicia o de corrección moral[88]. AARNIO comentando la tríada de la validez en WROBLEWSKI, no duda en destacar como la más importante en orden a la justificación, precisamente a la *«axiological validity»* por sobre la *«systemic validity»* y la *«factual validity»*[89]. Manuel ATIENZA en su libro *El sentido del derecho* concluye: «Lo que da sentido al derecho —y a ocuparse profesionalmente del derecho— no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia»[90]. Esa racionalidad axiológica obliga a los operadores del derecho a escoger los mejores medios —axiológicamente hablando—, y ello se refleja en la regla de necesidad de ALEXY incluida en su regla de ponderación de principios que exige escoger la alternativa menos dañosa. En definitiva, el deber general e implícito que justifica a los juristas y a sus propuestas o mandatos es obtener la justicia por medio del derecho, y resulta absolutamente irracional ordenar o cumplir con aquello que es clara y gravemente injusto o disvalioso. Es doctrina pacífica de la Corte Suprema

---

[85] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2.

[86] *Ibid.,* q. 96, a. 3.

[87] R. ALEXY, *En torno al concepto y la naturaleza del derecho* (2006), C. BERNAL PULIDO (trad.), en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 75.

[88] N. MACORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007, 274 y ss.

[89] A. AARNIO, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Dordrecht, D. Reidel, Boston-Lancaster, 1987, 46.

[90] M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 312.

argentina que lo absurdo axiológicamente es inconstitucional (el Preámbulo incluye «afianzar la justicia») y por esa vía se han abierto cuestionamientos procesales a la cosa juzgada (la llamada «írrita») o se ha llegado habilitar un recurso extraordinario por «sentencia arbitraria».

5.9. Racionalidad Fáctica(RF)

En noveno lugar, a los fines de la racionalidad de la norma y, por ende, de su justificación y obligatoriedad, corresponde incluir que lo exigido debe ser algo posible de cumplir por parte de sus destinatarios (RF: racionalidad fáctica). AQUINO comentando la definición de ley de San Isidoro entre cuyos requisitos está que mande algo «posible», agrega que la disciplina que impone la ley «depende en primer lugar, del orden de la razón —lo que se expresa por la palabra "justa"—; en segundo lugar, de las facultades de los que han de practicarla, porque la disciplina ha de ajustarse a cada uno según sus posibilidades, teniendo también en cuenta la posibilidad de la naturaleza, porque no han de imponerse a los niños las mismas obligaciones que los adultos»[91], y agrega: «A los niños se les permiten muchas cosas que las leyes de los adultos condenan y sancionan»[92]. COTTA explícitamente refiere a ese requisito: «La norma, al estar situada dentro del horizonte de la un comportamiento realmente posible, un comportamiento serialmente posible: para una pluralidad serial de personas y para una sucesión serial de tiempos. Lo cual implica que la norma: *a)* no contempla comportamientos de necesaria realización; *b)* no tiene la capacidad de hacer obligatorio un comportamiento imposible, como, por ejemplo, no respirar, caminar por el agua, etc. De donde se deduce con plena evidencia que toda justificación deberá demostrar antes que nada que: el comportamiento prescrito es realmente posible»[93]. Entre las ocho desideratas que prevé Lon FULLER para que sea posible o que no fracase la creación del derecho, está precisamente que las leyes no requieran lo imposible[94]. Parece muy obvio que sería absurdo o irracional imponerle una sanción a alguien porque no hizo aquello que le resultaba imposible de hacer, pues ello equivaldría a suponer legisladores que buscan siempre sancionar y que promulgan leyes sabiendo que inexorablemente serán sancionados sus destinatarios. Más allá del reproche moral que se puede hacer a ese tipo de normas jurídicas, dado que la moral nunca puede establecer obligaciones de imposible cumplimiento, ya en el terreno jurídico, o sea del bien común o interés general, la cuestión no es absolutamente clara dado que a veces se debilita la referida exigencia y llega el derecho a reclamar comportamientos muy exigentes y poco habituales, por ejemplo en materia de responsabilidad por daños, pero ello requiere de ponderaciones y justificaciones muy exigentes (de algún modo las presunciones o ficciones tienen esa cuota de irracionalidad o falta de realismo que se justifica a la hora de valorar desde el bien común otras alternativas). Está claro que racionalidad de una obligación incluye la posibilidad de su cumplimiento.

---

[91] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 3.
[92] *Ibid.,* I-II, q. 96, a. 2.
[93] S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, *op. cit.,* 64.
[94] Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University, 1964.

5.10. Racionalidad Intencional (RI)

En décimo lugar, pretendemos defender, aún con algunas dudas o condicionamientos, que la justificación racional de la norma exige que la intención del autor resulte ajustada a las pretensiones elementales fijadas por la moral respecto a su comportamiento creativo de la norma. Resultará difícil pretender aquella justificación en el supuesto que se acreditó una intención deshonesta o inmoral grave del autor de la norma, aún cuando el contenido de la misma no ofrezca visibles cuestionamientos. En el pensamiento clásico la verdad práctica que la conducta procuraba plasmar en la realidad, se constituye desde la voluntad o «intención recta», es decir, desde el querer o propósito de hacer algo bueno o justo. FINNIS escribe: «El uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo»[95]. Recordemos que en aquella filosofía jurídica la justicia remite a la voluntad y al cumplir lo debido, más allá de la intención con la que se acompañe[96], pero para conocer lo que se debe se requiere de la participación del juicio de la razón práctica prudencial que define la conducta justa concreta. Precisamente es en la prudencia donde aparece la necesidad del propósito recto para que ella pueda cumplir con su objeto, así lo afirma AQUINO: «La prudencia que es verdadera y perfecta, es las que delibera, juzga y preceptúa con rectitud y en orden al fin bueno»[97], recordando la enseñanza aristotélica que «es imposible ser bueno sin ser prudente», y en esa perspectiva se entiende que la certeza que provee la prudencia es «intelectual-afectiva»[98]. Pero también en la ética del discurso dialógico se insiste en que la racionalidad (racionalidad intencional = RI) reclama un determinado compromiso con la sinceridad de las manifestaciones y la consiguiente responsabilidad o aceptación de las reglas del dialogo racional; recordemos específicamente que HABERMAS[99] en su pragmática identifica cuatro pretensiones de validez en los actos de habla: inteligibilidad, verdad, corrección y veracidad, en esta precisamente comprobamos una dimensión ética que compromete al hablante a la hora de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos .Recordemos que es tesis central alexyana que «la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho [...] los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente en los niveles más diversos una pretensión de corrección. En la medida en que esta pretensión tiene implicancias morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral»[100]. Desde esa óptica alexyana hasta el abogado de la parte argumenta con pretensiones de corrección que implica el pedido que se reconozca el derecho que objetivamente lo beneficia. La constitución de la autoridad con competencia para decidir jurídicamente, exige implícitamente que el ejercicio legítimo de la misma se realice buscando lo correcto o lo mejor, de modo que sería muy difícil

---

[95] J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.,* 380.

[96] G. GRANERIS habla de la «amoralidad del derecho» o del acto justo carente de la intención justa; cfr. en *Contribución tomista a la filosofía del derecho, op. cit.,* 45.

[97] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 13.

[98] S. RAMÍREZ, *La prudencia, op. cit.,* 46.

[99] Cfr. J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa* (1981), M. JIMÉNEZ REDONDO (trad.), Taurus, Madrid, 1987: *Complementos y estudios previos,* Madrid, Cátedra.

[100] R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.,* 40 y 44.

pedir al subordinado que respete la autoridad cuando queda acreditado que buscaba alcanzar un beneficio personal, al margen de cuál fue finalmente el resultado. Cristina REDONDO advierte que: «Las normas que regulan la toma de decisiones —a diferencia de las que regulan comportamientos, en general— son un ejemplo claro de normas que pretenden constituir razones por las cuales actuar: requieren que sus destinatarios las tomen en cuenta en su razonamiento», de ese modo se requiere una «acción intencional» del destinatario de aquellas y en la medida que no exista «una prueba explícita de lo contrario, se considerará que ha actuado en virtud de las razones jurídicas mencionadas, y que ha hecho todo lo que las reglas le requieren»[101], pero el problema es —de eso estamos hablando— cuando existe esa prueba que revela una actitud distinta a la exigida. Cuando se dicta una norma en la que se acredita una intención deshonesta, ello trae dudas racionales sobre la validez de la misma, incluso aunque su contenido no sea discutible, pues su eventual invalidez no impedirá volver a dictar la misma norma pero sin aquel vicio que compromete su justificación. Un modo de evitar esos inconvenientes en un terreno donde se dan incertidumbres o dudas, es apelar a autoridades que tengan los hábitos buenos o las virtudes que requieran el ejercicio de la función[102].

6. RACIONALIDAD PRUDENCIAL O PONDERATIVA(RP)

El órgano encomendado de pronunciarse sobre el reclamo de invalidez de una norma jurídica no tiene más que dos alternativas excluyentes: validez o invalidez, y a tales fines, le corresponderá concretar prudencial o ponderativamente un balance del nivel de irracionalidad o falta de justificación por violación de las diez exigencias analizadas y las ventajas y perjuicios que generará su declaración según adopte una u otra alternativa. De ese modo, en el análisis de la validez de la norma jurídica corresponde incluir el momento decisivo en el que se juzga la misma, en tanto ese es el campo de la racionalidad práctica (prudencial o ponderativa), pues es evidente que si la preocupación prescindiera de ese pronunciamiento todo el esfuerzo por instalar la racionalidad en el derecho podría abortarse y triunfar la irracionalidad. Vale aquí la advertencia popular que el remedio puede ser peor que la enfermedad, la que es refrendada en el plano de la razonabilidad práctica cuando recordamos que la prudencia incluye la previsión[103] en tanto procura ordenar los medios para alcanzar al fin, y tratándose de la prudencia jurídica ese fin no es otro que el bien o la utilidad común. El prudente —al decir de San Isidoro en sus Etimologías 1, 10— es *«porro videns»,* o sea sujeto capaz de ver lejos, y en el mundo del derecho la clásica fórmula que del sumo derecho (*summum jus*) puede resultar la suma injusticia (*summa injuria*) alude a una decisión concreta que se ajusta a una norma jurídica, pero que finalmente aborta el fin que en última instancia busca y justifica a todo el derecho. Recordemos que el fin tiene razón de principio, y por ello a la hora de iniciarse el comportamiento resulta decisivo su

[101] M. C. REDONDO, «Sobre la justificación de la sentencia judicial», en M.ª C. REDONDO, J. M.ª SAUCA y P. ANDRÉS IBAÑEZ, *Estado de derecho y decisiones judiciales,* Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2012, 98-99.

[102] Cfr. M. ATIENZA, «Virtudes Judiciales», en M. CARBONELL, H. FIX-FIERRO y R.VAZQUEZ (comps.), *Jueces y Derecho,* México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, 3-30.

[103] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 49, a. 6.

orientación, así el jurista que tiene la competencia para definir la validez de una norma, debe tener presente el «sentido del derecho» atento a que ello resultará decisivo para su pronunciamiento. Desde la teoría jurídica clásica, frente a esa eventual tensión entre la aplicación estricta de la norma y las consecuencias que se derivarían, se apelaba al correctivo para el caso por vía de la equidad.

A las 10 exigencias de racionalidad analizadas arriba, corresponde sumarle esta undécima racionalidad que tiene por objeto definir en concreto la validez o invalidez de la norma jurídica en cuestión. En orden a explicarla a esta nueva exigencia la remitiremos en primer lugar a la filosofía jurídica clásica, y luego a la teoría jurídica alexyana, de ahí la doble adjetivación de «prudencial» y «ponderativa», respectivamente. Es que a partir de KANT la prudencia queda marginada o ignorada para la moral, y remitida al terreno del egoísmo o de las ventajas individuales, por ende, muy distante del papel rector que tenía para la vida moral en la perspectiva aristotélica-tomista. Así lo subraya categóricamente ARANGUREN: «La prudencia nada tendrá que ver con la moral, que dependerá pura y exclusivamente de la buena voluntad. Se dibujan así tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (SÓCRATES), ética de la buena voluntad (KANT) y ética de la prudencia y la buena voluntad (ARISTÓTELES)»[104].

6.1. Racionalidad Prudencial-retórica(RPr)

En este punto de la RP nos parece ilustrativo repasar los lineamientos generales del pensamiento jurídico clásico respecto al cumplimiento e incumplimiento de la ley o la norma jurídica positiva: *a)* el objeto de la ley es prohibir aquellas conductas «más graves, [...] que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse»[105]; y también exigir aquellos actos «referibles al bien común» de la justicia y de la paz[106]; *b)* la ley es mutable tanto por la razón que la pone como por el objeto de la ley: «La razón humana es mudable e imperfecta; de ahí que su ley sea mutable. Además [...] la ley humana contiene preceptos particulares según las diversas circunstancias, que son muy variables [...] la rectitud de la ley depende de su ordenación a la utilidad común, a la cual no le convienen siempre —las mismas cosas—; por eso tal rectitud está sujeta a variaciones»[107], pero «se modifica rectamente la ley solo cuando mediante su mutación se contribuye al bien común. Pero el mero cambio de una ley es ya en sí mismo un perjuicio para el bien común, porque la costumbre ayuda mucho al cumplimiento de las leyes»[108]; *c)* las leyes humanas «justas tienen poder para obligar en el foro de la conciencia [...]. Las leyes son justas: por razón del fin, cuando se ordenan al bien común; por razón de su autor, cuando la ley establecida no excede la potestad del legislador, y por razón de su forma, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporcionalidad y orden al bien común»[109]; *d)* el cumplimiento de

[104] J. L. ARANGUREN, *Ética,* Madrid, Revista de Occidente, 1958, 327.
[105] TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I-II, q. 96, a. 2.
[106] *Ibid.,* I-II, q. 96, a. 3.
[107] *Ibid.,* I-II, q. 97, a. 1.
[108] *Ibid.,* I-II, q. 97, a. 2.
[109] *Ibid.,* I-II, q. 96, a. 4.

la ley supone «más que a las palabras de la ley a de atender a las razones que movieron al legislador»[110]; *e)* puede dispensarse o no cumplirse la ley: «Si llega un caso en el que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley»[111], la autoridad competente es la que puede dispensar el cumplimiento, «pero, si el peligro es tan súbito que no admite la dilación suficiente para poder acudir al superior, la necesidad lleva aneja la dispensa, porque la necesidad no está sujeta a la ley»[112], y *f)* la dispensa o el incumplimiento de la ley cabe no en caso de duda sino cuando es evidente el perjuicio al bien o la utilidad común[113], o en el supuesto de «injusticia manifiesta y su cumplimiento es sumamente nocivo»[114], pero también se puede «obrar en contra de la ley [...] por variar las condiciones de los hombres, son muy frecuentes, la costumbre manifiesta que aquella ley ya no es útil; la costumbre manifiesta en este caso lo mismo que una promulgación de la ley contraria»[115].

En la teoría jurídica clásica como hemos visto, tampoco se sostiene que únicamente lo justo es derecho, pues se admite la dispensa o el incumplimiento, pero la matriz en la que se discierne esa decisión es la prudencial. Muy lejos está el *«dura lex, sed lex»,* por eso, la ley puede fallar en casos concretos, y en ellos ser fiel a *rationis ordinatio* supone apartarse prudencialmente en aras de la justicia del caso. El momento jurídicamente «determinador» o «creador» de lo que les corresponde a los individuos, grupos o a toda la sociedad política pasa por la prudencia jurídica como su matriz más específica.

En definitiva, desde la matriz del realismo jurídico clásico, el pronunciamiento sobre la validez o invalidez de una norma está confiado al juicio de la prudencia, pero que además se le exige sea persuasivo al momento de brindar las razones de esa decisión racional. El prudente es experto en lo operable y singular, y no precisamente un hombre sabio capaz de formular juicios de valor universal o general. Así el prudente se forja en la experiencia, de ahí que ARISTÓTELES alertaba que era posible encontrar jóvenes brillantes en matemáticas, pero resultaría difícil encontrarlos en el campo de la prudencial. Más aún, el Aquinate insiste: «Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular, y de tener solo uno, debe tener más bien este, es decir el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción»[116]. Y al juicio prudencial hay que aportarle todo lo necesario —retóricamente hablando— en orden a lograr persuadir al destinatario.

6.2. Racionalidad Ponderativa (RPa)

En definitiva, en la declaración de validez o invalidez de la norma aparece la tensión entre dos valores constitutivos del Estado de derecho que son la seguridad jurídica y la justicia. Precisamente la teoría neoconstitucionalista no-positivista de ALEXY se hace cargo que la «pretensión de corrección», implícita en el derecho, incluye el

---

[110] *Ibid.,* I-II, q. 96, a. 6.
[111] *Ibid.*
[112] *Ibid.*
[113] *Ibid.*
[114] *Ibid.,* q. 97, a. 2.
[115] *Ibid.,* q. 97, a. 3.
[116] TOMÁS DE AQUINO, *In VI Ethicorum*, lect .6, n. 1194.

principio de justicia y el principio de seguridad: «El principio de seguridad jurídica es un principio formal. Este principio implica la vinculación al material jurídico que se expide autoritativamente y que es socialmente eficaz. El principio de justicia es un principio material o sustantivo. Este principio exige que la decisión sea moralmente correcta. Ambos principios, como los principios en general, pueden entrar en colisión y, en efecto, a menudo lo hacen. Ninguno puede sustituir al otro completamente, vale decir, en todos los casos. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que ellos se sitúen en una correcta proporción el uno con el otro, en la medida en que esta proporción sea alcanzada, se obtendrá la armonía del sistema jurídico»[117].

Recordemos que en la propuesta alexyana el discurso práctico se institucionaliza o alcanza realidad por medio del derecho, pero además: «La inclusión de principios y argumentos morales en el derecho es necesaria, y no meramente contingente. El argumento principal para la necesidad de dicha inclusión es el argumento de la corrección»[118]. A partir de ahí, y en primer lugar, la moral se constituye en un límite para el derecho dado que las normas jurídicas que son «injustas extremamente» no nacen al derecho, su invalidez es raigal aunque hayan sido promulgadas conforme al ordenamiento jurídico y sean socialmente eficaces; asimismo, y en segundo lugar, la moral está incluida en el derecho, pues «las decisiones jurídicas son respuestas a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídicas-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones del bien y del mal arraigadas en la tradición»[119]. ALEXY acusa de «holismo jurídico» a los que suponen que en el sistema jurídico ya están (para los juristas) incluidas u ocultas todas las premisas, y tan solo necesitan ser descubiertas»[120], pues la pretensión que el sistema jurídico puede «producir la plenitud y coherencia por sí mismo» es «irrealizable»[121].

Reiteremos que la teoría de ALEXY está lejos de defender que solo lo justo es derecho, pues hay déficits morales o de justicia que hacen que el derecho sea defectuoso pero válido, la pérdida de la juridicidad se da en los supuestos de «injusticia extrema o evidente», por eso hay «una prioridad *prima facie* de los argumentos referidos a lo que el legislador ha dicho o querido y a los precedentes; en suma, a la prioridad *prima facie* de los argumentos institucionales»[122], y en definitiva, la resolución de todos esos conflictos jurídicos y morales que conllevan la pretensión de corrección deben confiarse al discurso práctico racional y a sus reglas que posibilite que lo correcto o justo se busque neutral y objetivamente con argumentos y contraargumentos, a través de la libertad e igualdad de las personas.

El compromiso del derecho con la racionalidad discursiva en la propuesta de ALEXY implica reconocer que hay normas y hay principios, admitiendo que aquellas son «mandatos definitivos» mientras que estos son «mandatos de optimización» que

---

[117] R. ALEXY, *La doble naturaleza del derecho,* art. cit., 43.
[118] *Ibid.,* 21.
[119] *Ibid.,* 22.
[120] *Ibid.,* 48.
[121] *Ibid.*
[122] *Ibid.,* 86.

exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y de las posibilidades jurídicas. Precisamente la aplicación de los derechos fundamentales (en tanto principios jurídicos) acude a la ponderación que permite definir el contenido definitivo de los mismos, pero para lograr esa ponderación racional propone ALEXY la ley de colisión, la ley de ponderación[123] y la fórmula de peso.

La teoría alexyana discursiva es otro imponente y actual esfuerzo para que las normas jurídicas resultan justificadas racionalmente, y por ende, la descalificación de las mismas en la medida que resulten carentes de toda racionalidad. Por supuesto, que aquí la racionalidad práctica aducida ya no está apoyada en el realismo propio de la filosofía aristotélica-tomista sino en el criticismo o constructivismo kantiano más la pragmática habermasiana, pero los resultados lucen muy coincidentes. En definitiva, lo central es la validez jurídica o la existencia asociada a la racionalidad de la norma, y ello no solo reducido a aspectos formales, sino también incluyendo requisitos sustanciales.

7. CONCLUSIÓN

Frente a la matriz típicamente positivista de la validez jurídica reducida a la instauración autoritativa en el marco del sistema jurídico o la vigencia social, en tiempos del Estado de derecho constitucional y democrático se impone reclamar racionalidad a la norma jurídica, para por esa vía concluir recién en su obligatoriedad. Tal racionalidad incluye diversas exigencias a tenor: del órgano (RO), del procedimiento (RP), del sistema (RSt), de la lógica y el lenguaje (RLL), de los fines o teleología (RT), de las verdades científicas (RC), de la sociedad y su cultura (RS), de los valores (RA), de las posibilidades de su cumplimiento (RF) y de la intencionalidad (RI), pero a la hora de definir la validez o invalidez de la norma la racionalidad se hace presente juzgando lo mejor en el caso a tenor de un juicio prudencial y persuasivo (RPr) o de un juicio ponderativo(RPa). Más allá de ese marco teórico, necesariamente está siempre el enclave institucional en donde se define la cuestión de la validez jurídica, que, a su vez, implica una serie de definiciones en torno a las variables comprometidas.

Instalar la validez y existencia de la normas jurídica en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir o resistir racionalmente, pero en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra. Aquella exigencia de dar razones de lo ordenado, impone a la autoridad dificultades para las arbitrariedades, pero también la moraliza al reclamarle un ejercicio del poder racional y, por ende, respetuoso de aquel del que dispone su libertad. Asimismo, la defendida definición de validez es plenamente funcional a los derechos humanos y al imperio de la ley, del derecho y la Constitución.

[123] R. ALEXY, *Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años*, art. cit., 69.

SIN PRECEDENTES: UNA MIRADA ESCÉPTICA A LA REGLA DEL *STARE DECISIS**

Álvaro Núñez Vaquero*

Universidad Austral de Chile

«El precedente es como una madre judía.
No tienes que hacer lo que te dice,
pero te hará sentir terriblemente mal si no lo haces»

(S. SEDLEY, *On Never Doing Anything for the First Time,*
Reform Club, London, 2001, Atkin Lecture, 6)

RESUMEN: El presente trabajo pretende demostrar como si bien un ordenamiento sin ningún tipo de regla del precedente resulta disfuncional, tanto la identificación de su *ratio decidendi* como sus condiciones de aplicación resultan altamente indeterminadas. Para demostrar tal tesis se procede mediante cuatro pasos. En primer lugar, se intenta esclarecer el concepto de precedente, adoptando un concepto amplio, y analizando en qué sentidos aquellos pueden ser vinculantes. En segundo lugar, se plantea la pregunta acerca de cuándo podemos afirmar que un ordenamiento jurídico contiene una regla del precedente vinculante. En tercer lugar, se presentan algunos problemas en la identificación de la *ratio decidendi* del precedente. En cuarto lugar, se analizan algunas de las distintas operaciones que se pueden realizar con un precedente. Por último se proponen algunas conclusiones provisionales.

Palabras clave: precedente, *ratio decidendi*, *stare decisis*, obligatoriedad, inducción.

Without precedents: A skeptical look to «stare decisis» rule

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate how while a system without any precedent rule is dysfunctional, thus identifying its *ratio decidendi* as well as their conditions of application are highly indeterminate. To demonstrate this thesis we proceed through four steps. First, we try to clarify the concept of precedent, adopting a broad concept, and analyzing in what way those can be binding. Secondly, the question about when can we say that a legal system contains a binding rule of precedent arises. Thirdly, some problems in identifying the precedent *ratio decidendi* are addressed. Fourth, some of the various operations that can be performed with a precedent are analyzed. Finally some tentative conclusions are proposed.

Keywords: precedent, *ratio decidendi*, *stare decisis*, normativity, induction.

---

* Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 30 de junio de 2015.

Profesor de Introducción al Derecho de la Universidad Austral de Chile. Este trabajo se enmarca en mi proyecto Fondecyt «Realismo jurídico e indeterminación del derecho» (núm. 11130311) concedido por el Conicyt chileno. Agradezco a los participantes en el Seminario Austral de Derecho y en el Seminario de Teoría del Derecho de Vaquerías de la Universidad Nacional de Córdoba por sus comentarios. También debo agradecer a Daniela ACCATINO por sus comentarios, y a mis asistentes Paz MORA y Carla IUSPa por sus sugerencias para mejorar y reducir este trabajo.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.08

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es mostrar cómo, pese a las dificultades para establecer qué es un precedente y cuáles son las partes vinculantes del mismo, es difícil imaginar un ordenamiento en el que no exista, al menos con un algún mínimo grado de vinculatoriedad, una norma sobre el precedente vinculante (regla del *stare decisis*). No obstante, la identificación de cómo ha sido decidido el caso puede resultar, y de hecho frecuentemente resulta, endiablada o sencillamente imposible.

Pretendo llegar a esta paradójica conclusión mediante los siguientes cuatro pasos. En primer lugar, intentaré aclarar la noción de precedente, y otras aledañas como *ratio decidendi*. En segundo lugar, trataré de establecer bajo qué criterios podemos afirmar que existe una regla sobre el precedente en un ordenamiento jurídico. En tercer lugar, me ocuparé de los problemas relativos a la identificación del precedente. En cuarto lugar, trataré de identificar qué podemos hacer con un precedente. Finalizaré con algunas conclusiones provisionales.

2. QUÉ ES UN PRECEDENTE

El primer problema que debemos abordar para poder avanzar en nuestro objetivo es el esclarecimiento de la noción de «precedente». Sin embargo, la revisión del concepto de precedente nos llevará también a revisar qué parte de las decisiones jurisdiccionales y en qué sentido pueden ser vinculantes.

2.1. Una noción amplia de precedente

En la literatura más extendida sobre los precedentes, se define aquellos como decisiones judiciales pasadas vinculantes que obligarían al mismo u otros órganos a decidir casos similares de la misma manera: «Hablamos de precedente judicial cuando una decisión de un tribunal constituye una autoridad obligatoria para el mismo tribunal y para otros de igual o inferior rango»; «[D]ecisiones tomadas previamente por otro tribunales que resolvieron un problema semejante»; «El problema de la vinculatoriedad de la doctrina judicial se unió desde el principio a la enumeración de las fuentes del derecho [...] aunque nunca faltaron quienes, como PUIG BRUTAU, defendieran líneas muy proclives al precedente»[1]. Esta es, por decirlo así, la noción estándar de «precedente»[2].

Sin embargo, dicha definición de «precedente» es, por un lado, reductiva y, por el otro, imprecisa, desde tres puntos de vista. En primer lugar, una definición como esta excluye del análisis otras decisiones judiciales diferentes de la sentencia a las que, de hecho, se le atribuye valor de precedente. En segundo lugar, una definición como esta

[1] *Cfr.* ITURRALDE, 2014: 195; LEGARRE y RIVERA, 2006: 109; LAPORTA, 1997: 268.

[2] Es preciso señalar como si bien muchas definiciones de «precedente» no hacen referencia intensionalmente a las decisiones judiciales, la práctica totalidad, y salvo expresa referencia en contrario, versan extensionalmente sobre el papel de decisiones judiciales pasadas en futuras decisiones judiciales.

excluye del análisis las decisiones de otros órganos que califican jurídicamente casos genéricos o individuales pero que no calificaríamos como órganos judiciales en sentido estricto. Por último, esta definición resulta algo oscura o vaga en la medida en que la noción de «decisión pasada» puede excluir del análisis decisiones a las que puede ser discutible o extraño calificar como pasadas.

La visión tradicional acerca del precedente es reductiva porque excluye del análisis, en primer lugar, todas aquellas decisiones judiciales (o provenientes del órgano judicial) previas o incidentales que emanan los tribunales, que resuelven algún caso (genérico o individual), pero diferentes de la sentencia judicial[3]. Es decir, excluye un buen número de decisiones —admisiones a trámite, pronunciamientos incidentales, etc.— que no son sentencias judiciales en sentido estricto pero que resuelven controversias sin entrar en el fondo de la cuestión.

En segundo lugar, la noción tradicional de «precedente» excluye del análisis también las decisiones de órganos que no pertenecen en sentido estricto al poder judicial pero que funcionan, o pueden funcionar, como precedentes. Es decir, la noción estándar de precedente presupone una visión excesivamente formalista de «jurisdicción» o de «órgano jurisdiccional», con el resultado de dejar fuera del análisis el posible valor vinculante de decisiones que resuelven casos genéricos o individuales y a los que el ordenamiento les concede (algún) valor jurídico. Por ejemplo: las decisiones de los órganos consultivos, de toda la Administración pública (Díez Sastre, 2008), de los órganos administrativos de las Cámaras electivas (Lupo, 2014), etcétera.

Por último, la noción estándar de «precedente» de la que hemos partido —como decisión judicial pasada vinculante— tiene, por último, el problema de incluir una dimensión temporal que, contra lo que pudiera inicialmente parecer[4], es bastante engañosa: en primer lugar, por vaga y, en segundo, por estar basada en una asunción falsa.

Evidentemente, una decisión judicial pasada es la candidata ideal para convertirse en precedente vinculante. Ahora bien, se trata de una propiedad imprecisa, ya que no es en absoluto claro a partir de qué momento una decisión adquiere valor vinculante para otras decisiones. ¿Puede tener valor vinculante hacia otros órganos una decisión jurisdiccional recurrida?, ¿y hacia sí misma? ¿En qué momento una decisión se convierte en vinculante?

En segundo lugar, se trata de una propiedad —el hecho de que sea pasada— que está basada en asunciones falsas. En efecto, algunos autores han insistido en que la regla del auto-precedente, antes que un valor hacia el pasado, tendrían fuerza normativa hacia el futuro en la medida en que obliga al órgano a resolver la controversia mediante una norma universalizable, aplicable también a casos similares en el futuro[5].

---

[3] Hay que añadir que, según algunos autores, podrían constituir precedentes únicamente las decisiones de algunos tribunales; en concreto, aquellos que están situados más arriba en la organización judicial de un sistema jurídico. No obstante, parece que se trata claramente de una cuestión puramente contingente, que puede cambiar en cada ordenamiento. *Vid.* para esta tesis Gascón, 1993: 11. A este respecto, *vid.*, por ejemplo, el análisis de Cross sobre el precedente en el sistema inglés, Cross y Harris, 2012: 129 y ss.

[4] Es frecuente que se dé por buena y aproblemática dicha dimensión temporal de los precedentes. *Vid.* por ejemplo, Chiasssoni, 2012: 214 y ss.; L. Moral Soriano, 2002: 127, 129.

[5] Este aspecto es tratado por Schauer, 1987. Lo que sostiene este autor es que cuando un órgano jurisdiccional sabe que su decisión será considerada como precedente, será mucho más cuidadoso al tomar y

No solo sino que también es posible (y plausible) preguntarse si una decisión judicial que todavía no ha sido dictada puede resultar vinculante. Por extraño que pueda parecer, se encuentran algunos buenos y conocidos ejemplos de este fenómeno. Este sería el caso, por ejemplo, de las cuestiones incidentales de constitucionalidad presentes en algunos ordenamientos (como casi todos los europeos) o la cuestión prejudicial comunitaria en el ámbito de la UE[6]. Otro ejemplo: cuando un órgano debe juzgar un caso sustancialmente idéntico a otro ya decidido por sí mismo pero que ha sido recurrido, ¿debe esperar a la resolución del recurso contra su decisión anterior?

Para solucionar los anteriores defectos, es conveniente partir adoptando una noción amplia de «precedente». Con el fin de no limitar *a priori* el objeto de estudio, por un lado, es preciso adoptar una noción lo más amplia posible de jurisdicción y de decisión judicial y, por el otro, es preciso excluir consideraciones de tipo temporal pues, como hemos visto, es posible que, en cierto sentido, una decisión judicial sea vinculante incluso antes de ser dictada. Por tanto, por «precedente» entenderé aquellas decisiones jurisdiccionales que resuelven algún caso genérico o individual, y a las que se les reconoce eficacia no únicamente *inter partes*.

2.2. Qué es vinculante del precedente

Una vez que hemos identificado cuáles son las posibles decisiones candidatas a ser precedentes vinculantes (decisiones jurisdiccionales que, en algún sentido, se convierten en obligatorias para otras decisiones respecto de otros casos similares), podemos preguntarnos qué es, dentro de toda la decisión jurisdiccional, aquello vinculante para resolver otros casos similares.

2.2.1. Obiter dicta *y* ratio decidendi

Cuando nos preguntamos sobre qué es un precedente, e identificamos algunas decisiones jurisdiccionales como vinculantes, la pregunta que surge inmediatamente a continuación es qué parte exactamente de la decisión jurisdiccional es la que puede

---

elaborar su decisión. La cuestión no es menor porque el tribunal puede modificar su decisión si sabe que en el futuro no tendrá el mismo margen de discrecionalidad para decidir. Por ejemplo, es posible que la decisión haga referencia a categorías más o menos generales y abstractas, por lo que el precedente afectaría hacia el futuro a un mayor o menor grupo de casos. Cuando los tribunales son conscientes de este aspecto, entonces racionalmente tenderán a tomar en cuenta dicha situación para fallar el caso actual.

Por su parte, señala Marina GASCÓN en relación al autoprecedente que «aunque los casos sustancialmente idénticos resueltos por un mismo tribunal con posterioridad a la resolución impugnada no sean en principio válidos «como término de comparación», sí que sirve para comprobar si la decisión impugnada [...] es una decisión con carácter genérico o no, en la medida en que haber resuelto casos posteriores a la decisión divergente conforme al criterio interpretativo anterior a la misma parece un claro indicio de su naturaleza voluntarista y arbitraria». *Cfr.* GASCÓN, 1993: 101. En términos similares PRIETO SANCHÍS, 1991: 188 y ss. *Vid.* también, WALDRON, 2012.

[6] OROZCO MUÑOZ, 2011: 183 y 245 y ss. No obstante, es preciso señalar que cuando el autor define la noción de precedente, afirma que se trata de una decisión jurisdiccional pasada. Sin embargo, el mismo autor admite que en la práctica jurisdiccional española y de la Unión Europea se concede eficacia a los precedentes de forma inmediata, incluso para procesos ya iniciados o, incluso, recurridos. *Cfr.* OROZCO MUÑOZ, 2011: 185 y 224-226.

resultar, en algún sentido aún por precisar, vinculante. Tradicionalmente ha venido considerándose que no es toda la decisión jurisdiccional en su conjunto la que resulta vinculante, sino solo una parte.

En este orden de cosas, suele distinguirse entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*. En síntesis, aquello que sería vinculante de la decisión jurisdiccional sería la *ratio decidendi*, considerándose el resto *obiter dicta* sin valor vinculante[7]. Ambos conceptos constituirían, al menos *prima facie*[8], una división exhaustiva y excluyente, siendo suficiente definir uno de ellos para delimitar el otro.

No obstante, por *ratio decidendi* es posible entender, al menos, tres cosas diferentes[9]: *a)* la norma general aplicada en la decisión; *b)* la norma general, más el conjunto de hechos del caso; *c)* todos los elementos esenciales o necesarios para la decisión judicial.

Aquí, por razones conceptuales, descartaré el segundo criterio de distinción, limitando el análisis al primero y al último. Ello, en primer lugar, porque la segunda noción de *ratio decidendi* parece una subclase de la tercera. En segundo, porque quienes consideran que los hechos considerados relevantes en la decisión forman parte de la *ratio decidendi* parecen presuponer que habría una sola norma que, a la luz de los hechos del caso, justificaría la decisión judicial (lo que, como veremos más adelante, resulta erróneo)[10] (*infra* 4.3).

i. Según el primer concepto, la *ratio decidendi* sería únicamente la premisa mayor del silogismo deductivo (práctico) que ha seguido el juez para llegar a la decisión, siendo el resto de la decisión *obiter dicta*. Es decir, lo único que resultaría vinculante es la norma que se ha aplicado en la decisión jurisdiccional: aquello que hace que la decisión esté justificada a la luz de los hechos considerados probados relevantes.

ii. Según el segundo criterio de distinción, *ratio decidendi* no sería únicamente la norma general que ha funcionado como premisa mayor del silogismo práctico sino todo el conjunto de consideraciones necesarias que ha realizado el juez para alcanzar y justificar su decisión.

Ambas nociones de *ratio decidendi* tienen, respectivamente, sus ventajas e inconvenientes.

---

[7] Hay que llamar la atención de que se han ofrecido diferentes definiciones de *obiter dicta*, entre las cuales encontramos aquella que lo define como el conjunto de las decisiones que forman parte de la justificación externa (diferentes, por tanto, de la premisa mayor del silogismo judicial) pero que son lógicamente necesarias para la regla del caso. Pero, además, es frecuentemente admitido que algunos *obiter dicta*, de hecho, tienen un valor persuasivo. *Vid.* Cross y Harris, 2012, 101.

[8] *Prima facie* porque algunos autores consideran que entre *ratio* y *obiter dicta* habría que colocar aquellos *dictum* que tienen un gran peso persuasivo. Sin embargo, si «persuasivo» quiere decir vinculante en algún sentido, estos *dictum* serían en realidad parte de la *ratio decidendi*.

Lo que demuestra esta controversia es que en realidad se manejan dos nociones diferentes de *ratio decidendi*: la primera de ellas es de carácter estructural, e identificaría la *ratio decidendi* con alguna parte de la sentencia (éste es el concepto que hemos asumido aquí y del que cabe distinguir tres concepciones); la segunda tiene carácter normativo y se refiere a aquella parte de la sentencia que despliega efectos jurídicos no solo *inter partes*. Es decir, un primer concepto estructural (una parte de la decisión) y otro normativo (aquello que es vinculante).

[9] Sigo aquí Igartua, 2006. Pero *vid.* también Chiassoni, 2012: 222 y ss., Iturralde, 2014: 195, y Shiner, 2014.

[10] Schauer, 2013: 65. *Vid.* también, Cross y Harris, 2012: 82.

i. El primer criterio para distinguir entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* tiene la ventaja de que establece una frontera, al menos desde el punto de vista conceptual, nítida entre ambos: cualquier tipo de consideración o razonamiento acerca de las razones por las que el órgano jurisdiccional ha alcanzado la decisión son sencillamente irrelevantes (*obiter dicta*), siendo únicamente vinculante la premisa mayor de la decisión. Sin embargo, pese a su nitidez, esta forma de distinguir *ratio decidendi* de *obiter dicta* tiene algunos inconvenientes.

El problema fundamental es que parece que hay partes de la decisión judicial, diferentes a la norma que sirve como premisa del silogismo judicial, que pueden tener —y de hecho tienen— algún valor vinculante. Si bien cabría incluir algunas de dichas decisiones —ampliando la noción de *ratio decidendi* hasta incluir cada uno de los silogismos deductivos que compondrían la decisión[11]— lo cierto es que esta forma de entender el precedente excluye la atribución de valor vinculante al menos a algunas de las razones por las que la decisión estaría externamente justificada. Excluiría, por ejemplo, las decisiones interpretativas (por ejemplo, acerca de qué criterio interpretativos aplicar) alcanzadas por los tribunales y sobre las que cabe poca duda que se les atribuye valor de precedente vinculante; o, otro ejemplo, resultaría vinculante el producto de una ponderación entre principios, pero no las consideraciones no subsuntivas que ha realizado el órgano para alcanzar tal ponderación producto; o, finalmente, los juicios de valoración judicial de la prueba[12].

ii. El segundo criterio de distinción permite considerar como vinculante también las razones aducidas por el órgano jurisdiccional para justificar su decisión. Ahora bien, el segundo criterio no resulta menos problemático: ¿cuáles son el conjunto de todas las consideraciones que debemos considerar como «necesarias»? ¿todas aquellas cuya modificación implicarían un cambio de la decisión final? Establecer cuáles son las consideraciones necesarias de la decisión genera no pocos problemas.

En primer lugar, desde el punto de vista empírico, no resulta muy plausible afirmar que son todas y cada una de las razones que forman parte de la justificación externa de la sentencia las que resultan vinculantes. De hecho, es perfectamente posible pensar en una decisión que se considere vinculante, por ejemplo, respecto a cómo se ha decidido el fondo pero no respecto a los argumentos procesales, pero también al revés. Y, claro está, una modificación de alguna de las decisiones podría haber modificado la decisión final del tribunal.

En segundo lugar, desde un punto de vista conceptual, incluso aunque admitamos que las razones aducidas por el tribunal son también vinculantes, resulta extremadamente complicado determinar cuáles de ellas son necesarias en casos de que haya

[11] Hay que tener en cuenta que, si concebimos la decisión judicial como un conjunto de decisiones que se van sucediendo (al menos desde un punto de vista formal) lógicamente, *ratio decidendi* podría ser considerado gran parte del razonamiento. Es decir, todas aquellas decisiones que constituyen operaciones de tipo subsuntivo podrían ser parte de la *ratio decidendi*. Lo que quedaría fuera es precisamente todas aquellas operaciones llevadas a cabo por el órgano jurisdiccional que no pueden ser consideradas como subsuntivas como, por ejemplos, los juicios ponderativos, la concreción de principios, la apreciación de la prueba, la satisfacción del estándar de prueba, etcétera.

[12] Sobre los precedentes en materia de hechos en la Corte Suprema estadounidense, puede verse LARSEN, 2013.

varias *rationes decidendi*[13]. Por un lado, porque muchas decisiones judiciales están fundamentadas en términos de razones contribuyentes concurrentes, no individualmente concluyentes. Por el otro, incluso aunque sean formuladas en términos de razones concluyentes, podría darse el caso de que los argumentos fueran suficientes pero no necesarios para la justificación de la sentencia, es decir, para los casos con varias *rationes decidendi* alternativas todas ellas suficientes para justificar la decisión.

2.2.2. Reglas y casos paradigmáticos

Algunos autores, como Frederick SCHAUER, han sostenido que existiría una diferencia cualitativa entre el papel que cumplen los precedentes y el razonamiento por analogía en el razonamiento judicial. Aunque de manera no del todo clara (VELUZZI, 2011: 108.), parece que la distinción establecida por SCHAUER pasa por afirmar que los órganos jurisdiccionales no tendrían libertad para seguir o no el precedente, mientras que sí la tendrían para seguir o no un razonamiento por analogía (SCHAUER, 2007: 1-21). O, dicho de otro modo, mientras que el precedente incorporaría una razón protegida de segundo orden para decidir el caso de una determinada manera, este no sería el caso del razonamiento por analogía (que constituiría una razón de primer orden dependiente del contenido para decidir un caso). Por supuesto, aquí la noción de autoridad de RAZ parece llamada a jugar un papel fundamental[14].

Ahora bien, esta forma de distinguir entre analogía y precedente tiene el problema de excluir la posibilidad de que un precedente no goce de una especial protección dentro del ordenamiento en razón de su fuente pero que, sin embargo, sea vinculante de algún modo. De hecho, este parece ser precisamente el caso de los precedentes con valor meramente persuasivo, bastante frecuentes en los países de tradición de *civil law*, en los que muchas veces ni siquiera existen normas explícitas sobre el precedente (o son de prohibición).

Antes que dos formas heterogéneas de razonar, la distinción trazada por SCHAUER entre analogía y precedente parece servir más bien para configurar dos formas diferentes de concebir los precedentes. El problema, o la confusión, nace de que, mientras que el discurso del precedente hace referencia al uso por parte de tribunales de reglas en decisiones anteriores, aquel de la analogía versa sobre una forma de razonar (y no de la fuente del material argumentativo). Parece pues que no es posible distinguir razonamiento por analogía y uso de precedente como dos clases dentro de una misma familia, sencillamente porque son conceptos modelados sobre criterios heterogéneos: tipo de razonamiento el primero, uso de un contenido proposicional en función prescriptiva por razón de su origen el segundo.

En este sentido, las dos formas de concebir la diferencia entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* analizadas en el parágrafo anterior parecen ser el reflejo de estas dos formas

---

[13] Esto es a lo que parece referirse CROSS e, indirectamente, WAMBAUGH cuando afirman que el test del último, sirve solo para los casos en los que «el caso versa sobre un único punto». CROSS y HARRIS, 2012: 77.

[14] Sin embargo, el propio RAZ parece dudar sobre que los precedentes entendidos como reglas tengan la misma autoridad que las reglas provenientes del legislativo. Esto parecería indicar la revisión, en términos graduales, de la noción de autoridad. DUXBURY, 2008: 104 y ss.

de concebir los precedentes y su uso: como una regla aplicada por un tribunal (sujeta a las reglas de la lógica de normas de condicional cerrado[15]), o como un caso paradigmático[16] (sujeto a las reglas del razonamiento por analogía[17]).

Desde el primer punto de vista, el precedente sería una regla de carácter —más o menos— general y abstracto, cuya aplicabilidad, en principio, no dependería de nada más que de la constatación, en el caso a juzgar, de las propiedades previstas en el antecedente de la norma. La *ratio decidendi*, desde este primer punto de vista, sería sencillamente el conjunto de propiedades que han sido consideradas como relevantes en la norma aplicada más su calificación deóntica. De este modo, si concebimos el precedente como regla, regirá el refuerzo del antecedente (al menos *prima facie*), resultando el resto de consideraciones irrelevantes en lo que se refiere a su aplicabilidad interna.

Desde el segundo punto de vista, el precedente sería un caso paradigmático, es decir, un ejemplo excelente de cómo se debe solucionar un tipo de caso, pero que padece de vaguedad combinatoria o prevé entre las propiedades de su antecedente propiedades valorativas. Es desde este punto de vista desde el que resulta plausible afirmar que la *ratio decidendi* está compuesta por el conjunto de todas las razones esenciales o necesarias para el fallo[18].

Cuándo deba considerarse que un precedente expresa una regla o un caso paradigmático es cuestión que depende completamente de las concepciones teórico-jurídicas del intérprete. Dicho de otro modo: es una cuestión de preferencias, no pudiendo establecerse ningún criterio jurídico de carácter objetivo que permita determinar objetivamente ante qué tipo de precedente estamos[19]. En este sentido, parece que son las sucesivas elaboraciones y reelaboraciones de dogmática y jurisprudencia las que determinan tanto su naturaleza como el cambio de aquellas. Es decir, el precedente puede ser reformulado, y son de hechos reformulados, a través de sucesivos usos, pasando

---

[15] Podría argüirse que es perfectamente posible establecer una *analogía legis* con base en una regla. Esto está fuera de discusión. Sin embargo, en el momento en que nos preguntamos por la extensión analógica de la regla lo que estamos haciendo es entrar a valorar si las nuevas condiciones del caso a decidir son suficientes para la creación de tal regla. Y, en este sentido, parece que para valorar la oportunidad de la operación estamos convirtiéndolo en un caso paradigmático.

[16] Por regla, en este contexto, estoy entendiendo aquella norma que tiene un condicional cerrado y cuyas condiciones de aplicabilidad interna no padecen de vaguedad combinatoria, y que no tiene entre sus propiedades elementos de contenido moral. Por caso paradigmático, por el contrario, entiendo en este contexto aquel caso ejemplificativo en el que se aplica una norma cuyas condiciones de aplicabilidad no están identificadas exhaustivamente, esto es, desconocemos cuáles son todas las propiedades relevantes y/o desconocemos si son necesarias, suficientes y/o contribuyentes. A ello habría que añadir la presencia en el antecedente de la regla de alguna propiedad de contenido moral.

[17] Ésta es también la doble forma en la que Jerzy WROBLEWSKI concibe los precedentes. Sin embargo, este autor los considera como mecanismos de motivación o formas de usar el precedente. Sin embargo, el mismo autor afirma que en todo caso «es necesario [con todo] establecer con certeza que el caso a considerar y el que ha sido objeto de la decisión precedente son similares en puntos esenciales». Sin embargo, cuando concebimos el precedente como una regla esto no es necesario sino que basta con que las propiedades consideradas como relevantes en la norma que constituye la *ratio decidendi* del precedente sean constatadas en el caso a decidir, no siendo necesaria ninguna consideración ulterior. *Vid.*, WROBLEWSKI, 2008: 312.

[18] De manera parecida, Jerome FRANK configuró los precedentes como metáforas en el sentido de que se trataba de buenos ejemplos sobre cómo solucionar un tipo de caso pero que debían servir solo y únicamente como punto de partida. *Vid.* FRANK, 1953: 71-72.

[19] Wroblewski considera que estas dos formas de motivar con base en el precedente «pueden convertirse la una en la otra». WROBLEWSKI, 2008: 301.

de ser considerado inicialmente un caso paradigmático a ser una regla, pero también al revés[20].

2.3. Grados de vinculatoriedad del precedente

El tema de la vinculatoriedad del precedente ha sido uno sobre los que más se ha discutido en los últimos decenios al calor de reformas procesales, planteándose la posibilidad de establecer algún grado de vinculatoriedad para las decisiones jurisdiccionales. En estos debates, los detractores del precedente han argüido frecuentemente que su implantación implicaría una violación de la separación de poderes (y/o un gran margen de discrecionalidad judicial). Los jueces, se afirma, están o deben estar únicamente sujetos a la ley, y a nada más.

No han sido pocos quienes, al calor de dichas discusiones, han cuestionado la justificación de tales alarmas debido a que los detractores del precedente habrían dado por descontado su máximo grado de vinculatoriedad lo que, en realidad, sería solo una posibilidad conceptual[21] (y, por lo demás, posibilidad que no se constataría en ningún ordenamiento)[22]. En este sentido, la literatura teórico-jurídica viene distinguiendo en los últimos decenios entre diferentes grados de vinculatoriedad[23].

Aquí no intentaré presentar una lista de los diferentes grados en los que la regla del precedente puede ser vinculante[24]. No se trata, no obstante, de que la regla del precedente sea, como parecen afirmar algunos autores[25], gradual, pudiendo obedecerse poco o mucho (al modo de los mandatos de optimización). Antes bien, lo que tenemos son diferentes conjuntos de reglas —que determinan diferentes sistemas— sobre el precedente que los órganos jurisdiccionales pueden cumplir o incumplir.

Para intentar distinguir entre los diferentes tipos de normas sobre el precedente y, por tanto, entre los diferentes grados en los que pueden ser vinculantes los precedentes, lo primero que tenemos que hacer es distinguir entre la propia regla del precedente (*stare decisis*) y cada una de las las decisiones que constituyen un precedente (*rationes decidendi*). Ello es importante, en primer lugar y como enseguida veremos, porque la observancia de la regla del *stare decisis* no implica necesariamente la aplicación de la *ratio decidendi* de un caso.

En segundo lugar, porque nos permite ver con mayor claridad que, cuando hablamos de regla del *stare decisis* no estamos hablando de una sola norma, sino de un intrincado conjunto de normas. Si bien la cuestión requeriría sin duda un mayor análisis, un sistema de precedente comprende, al menos, las siguientes normas: (1) una norma

---

[20] SCHAUER, 1987: 574.

[21] LAPORTA, 1997: 271. *Vid.* también ACCATINO. 2002.

[22] Ni siquiera en el derecho inglés. *Vid.* R. CROSS y HARRIS, 2012: 245 y ss.

[23] Resulta en este sentido paradigmático el trabajo realizado por un grupo de teóricos del derecho y procesalistas acerca del precedente. N. MACORMICK y SUMMERS, 1997: vii. Para una revisión crítica de aquellos, *vid.* CHIASSONI: 2012: 231 y ss.

[24] Para una reconstrucción prácticamente exhaustiva de los grados en los que los que los precedentes pueden ser vinculantes, remito nuevamente a P. CHIASSONI, 2012.

[25] Para el argumento contrario, MORAL SORIANO, 2002: 131. En los mismos términos los plantea BRAVO-HURTADO, 2013: 568.

que califica su uso institucional (permitido, obligatorio o prohibido); (2) una norma sobre qué acciones implican emplear un precedente por parte de un órgano jurisdiccional (mencionar, tener en cuenta o aplicar); (3) otra sobre el contexto justificativo en el que sería eficaz (res *iudicata*, *interpretata*, *verificata*); (4) una norma acerca de la fuerza justificativa de dicha norma (concluyente o contribuyente); y (5) una norma sobre el tipo de razón de segundo orden que incorpora (protegida o no protegida)[26]. Ello, insisto, sin la pretensión de realizar aquí un análisis exhaustivo[27].

Para diferenciar entre cada uno de estos aspectos es preciso agrupar estas reglas bajo dos categorías. El primer grupo de normas sobre el precedente hace referencia a la obligación institucional que genera en los órganos jurisdiccionales la regla del *stare decisis*. El segundo grupo, por el contrario, hace referencia al papel justificativo de dichas razones.

2.3.1. La dimensión institucional

Esta primera dimensión hace referencia a las obligaciones que la norma del *stare decisis* genera para el órgano jurisdiccional, es decir, cuáles son las acciones que tienen que llevar a cabo los jueces para satisfacer la norma del precedente. Desde el punto de vista de las obligaciones institucionales del juez, es necesario distinguir entre dos aspectos: el comportamiento regulado y el carácter atribuido a aquel.

2.3.1.1. Respecto del carácter del comportamiento regulado, aquel puede ser calificado de diferentes maneras. *a)* Tendremos un carácter permitido toda vez que los jueces pueden usar precedentes jurisdiccionales, más allá de qué valor se le conceda a dicha referencia[28]. *b)* Tendremos un carácter prohibido toda vez que los jueces no pueden usar los precedentes en sus decisiones[29]. *c)* Por último, es posible que el uso jurisdiccional de precedentes pueda ser considerado como obligatorio (aunque esto no predetermina su peso).

2.3.1.2. Respecto del comportamiento regulado, en realidad estos pueden ser de lo más variados (por razones de sencillez, usaré como ejemplo el caso en el que el comportamiento es obligatorio). En primer lugar, aquello considerado obligatorio puede

---

[26] En un ordenamiento puede no haber normas explícitas sobre alguno o varios de estos aspectos, pero también carecer completamente de reglas explícitas sobre esta materia.

[27] A estas habría que añadir, por ejemplo, otra norma de tipo conceptual acerca de qué decisiones tienen valor de precedente (la «regla de reconocimiento» de los precedentes). Suele darse por descontado que la identificación de qué decisiones jurisdiccionales cuentan como precedentes es una actividad poco problemática. Sin embargo, las cosas están lejos de ser así. Entre las propiedades que identifican qué decisiones cuentan como precedentes, es posible que se contemplen, entre otras, la reiteración de la decisión, qué se entiende por reiteración, qué órganos tienen competencia para dictar decisiones con valor de precedente, si las decisiones carentes de motivación tienen valor de precedente, quién puede derogar un precedente, etcétera.

[28] Según Cross, las sentencias 66/80 International Chemical Corporation SpA v. Amministrazione delle Finanze dello Stato y en 112/83 Societé des Produits des Mais SA v. Administration des Douanes et Droits Indirects, ambas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, establecen la competencia de los tribunales nacionales para considerar como inválida una norma comunitaria si anteriormente ello había sido considerado de este modo por el Tribunal de Justicia. Es decir, el juez nacional podría fundar su decisión apoyándose en la decisión del TJCE, pero ello no era obligatorio. *Cfr.* Cross y Harris, 2012: 37, n. 24.

[29] Esto abre la posibilidad no solo a que el uso de precedentes esté prohibido, sino a que existan precedentes negativos. Me reservo el argumento para otra ocasión.

ser *a)* mencionar el precedente, *b)* tener en cuenta (como razón) el precedente, o bien *c)* usar el precedente[30].

No obstante, la expresión «usar un precedente» puede adoptar diferentes significados. «Uso del precedente» puede significar al menos las siguientes cosas: *c*1) usarlo como premisa mayor del razonamiento; *c*2) usar como premisa mayor del razonamiento una norma que es consecuencia lógica de la norma expresada por el precedente; *c*3) usar como premisa del razonamiento una norma axiológicamente coherente con el precedente; *c*4) usar como premisa del razonamiento una norma instrumentalmente coherente con los fines planteados por el precedente[31].

2.3.2. Dimensión justificativa del precedente

La dimensión justificativa del precedente no es sino un corolario de las normas acerca de cuándo una decisión jurisdiccional está justificada. Sin embargo, es preciso distinguir entre dos aspectos implicados en esta dimensión justificativa.

2.3.2.1. El primer aspecto se refiere al momento o lugar de la justificación práctica en el que el precedente puede ser relevante. En este sentido, es posible distinguir entre: *a)* un precedente de solución (para referirnos tanto a la decisión final como a las soluciones intermedias[32] de carácter subsuntivo que toma el juez); *b)* un precedente de interpretación (para referirnos no al uso de reglas interpretativas que tendrían un carácter subsuntivo sino directamente a interpretaciones-producto de determinadas disposiciones normativas); *c)* un precedente probatorio (para referirnos a aquella decisión de carácter no subsuntivo por la que un órgano considera suficientemente probado un hecho a partir de un determinado material probatorio).

2.3.2.2. El segundo aspecto se refiere al punto de vista de las razones para la acción. Aquí es preciso establecer dos diferencias: primero, según la fuerza justificativa de los mismos (concluyente o contribuyente); segundo, según su grado de protección.

Desde el primer punto de vista, *a)* tendremos un precedente con carácter concluyente cuando la mención de aquel constituye argumento suficiente para una decisión jurisdiccional[33] (o una parte de aquella). *b)* Tendremos una razón contribuyente cuando el precedente no puede ser utilizado como único fundamento de la decisión (o de una parte de aquella) pero cuenta como argumento a su favor.

En segundo lugar, se suele considerar que los precedentes son razones protegidas[34]. Por «razón protegida» estoy entendiendo la especial consideración de la que go-

---

[30] *Vid.*, por ejemplo, CROSS y HARRIS, 2012: 24.

[31] Formulo esta tipología a partir de una reconstrucción de una clasificación elaborada por CHIASSONI, 2012: 235 y ss.

[32] Por ejemplo, imagínese que se discute sobre la posible indemnización por la finalización de una relación de trabajo con un empleado público, discutiéndose si para tal caso es aplicable la legislación laboral, administrativa o mercantil. En tal caso, tenemos al menos dos decisiones, dependiendo la segunda de la primera: la primera acerca de cuál es la legislación aplicable (laboral, administrativa o mercantil), la segunda relativa a la legalidad de tal indemnización con base en la decisión sobre qué normativa es la aplicable.

[33] Esto, por supuesto, no obsta para que la decisión sea derrotable. Sobre esto, de nuevo remito a la exhaustiva tipología presentada por CHIASSSONI. *Cfr.* CHIASSONI, 2012: 235 y ss.

[34] SCHAUER, 2007: 1-21.

zan algunas razones en la justificación judicial por alguna razón diferente de aquella de primer orden que la propia *ratio* incorpora. Se trata, por tanto, de razones de segundo orden que protegen la norma expresada en la *ratio decidendi*, haciendo más difícil que aquella sea desplazada o derrotada.

Pues bien, no parece muy plausible sostener que todos los precedentes son siempre razones protegidas, o que esta es la única forma en la que podemos entender los precedentes. Ello precisamente por lo que se conoce como fuerza persuasiva de los precedentes[35]. En efecto, uno de los tipos de fuerza vinculante más frecuentemente identificada en la tradición del *civil law*[36] es aquel en el que los precedentes no gozarían de una protección especial por parte de los ordenamientos pero tendrían una fuerte capacidad de convicción[37]. Es posible, en este sentido, distinguir entre precedentes que incorporan una razón de segundo orden que los otorga una especial deferencia, y precedentes que no gozan de tal consideración. Huelga añadir que dicha protección puede tener diferentes grados, siendo su máximo grado —pero no el único posible— que el precedente incorpore una razón excluyente de segundo orden.

3. CUÁNDO EXISTE LA REGLA DEL PRECEDENTE

Lo que me interesa discutir en esta sección son las condiciones para poder afirmar que en un ordenamiento existe o no una regla —mejor dicho, un sistema— del precedente vinculante. Para alcanzar tal objetivo, en primer lugar, analizaré por qué, si bien se trata de una cuestión contingente, es difícil imaginar un ordenamiento en el que no exista ninguna regla del precedente. En segundo lugar, distinguiré entre cuatro formas en las que la regla del precedente puede formar parte de un ordenamiento.

3.1. La necesidad funcional de la regla del precedente

Según Michel Troper, pese a la prohibición expresa de la regla del precedente en el Código Civil francés —por lo demás, justificada en la división de poderes— en tal ordenamiento existiría una regla del precedente vinculante (Troper ,1996). Ello pese a que el sistema francés contendría dos prohibiciones explícitas de dotar de eficacia *erga omnes* a las decisiones jurisdiccionales: en primer lugar, una prohibición de carácter general dirigida a los jueces de formular normas de carácter general tanto en el fallo como en la justificación de la decisión; en segundo lugar, la obligación de fundar sus

[35] La persuasividad *de facto* no es una propiedad que haga referencia a la fuerza del precedente sino, por el contrario, al grado de protección que gozan los precedentes. Desde luego, protección y vinculatoriedad son propiedades relacionadas pero que no deben ser confundidas. Basta, en este sentido, con imaginar una razón persuasiva *de facto* que funcione como razón concluyente, o bien una razón protegida que, sin embargo, tiene asignado un valor únicamente contribuyente en una decisión. Este punto es ilustrado por Jerzy Wroblewski cuando indica que un precedente no puede ser usado, en algunos ordenamientos, como única razón para decidir un caso. *Cfr.* Wroblewski, 2008: 308.

[36] Producto de dicha reunión fue el conocido volumen de Macormick y Summers, 1997.

[37] Para una crítica de precedente persuasivo *de facto, vid.* Chiassoni, 2012: 234.

fallos únicamente en la ley, y la especular prohibición de justificar las decisiones únicamente en otras decisiones jurisdiccionales[38].

Pues bien, según TROPER, pese a que el legislador francés ha tratado de evitar un sistema de precedentes, el resultado habría sido exactamente el contrario. Y, se podría añadir, no podía ser de otro modo, debido a dos factores: en primer lugar, otras previsiones normativas que parecían contribuir a concluir exactamente lo contrario; y, en segundo lugar, una serie de factores «funcionales» que hacen que sea difícilmente posible la no existencia de algún tipo de regla sobre el precedente.

a) En relación con otras previsiones normativas, el surgimiento del precedente en Francia se debe a dos disposiciones: por un lado, el art. 4 del Código Civil francés que califica como denegación de justicia la negativa a pronunciarse por parte de los jueces (prohibición de *non liquet*); por el otro, la instauración de un órgano dedicado a controlar la correcta aplicación de la ley por parte de los tribunales[39].

Respecto a la prohibición de *non liquet*, a decir verdad, aquella no genera de por sí un sistema de precedente: únicamente obliga a los jueces a formular normas de carácter general para decidir las controversias para las que surge una laguna. Sin embargo, no parece implicar que las normas formuladas por los jueces puedan ser aplicables y/o tengan eficacia *erga omnes*. Esto es, la obligación de decidir implica solo la imposibilidad de satisfacer simultáneamente la prohibición de no formular normas generales de decidir tales casos, pero no implica de por sí un sistema de precedentes ya que tales normas podrían tener eficacia únicamente *inter partes*.

Respecto a la instauración de un órgano de casación, se podría discutir si la instauración de un tribunal dedicado al control de la (correcta) aplicación de la ley es base suficiente para afirmar que existe una regla del precedente (vertical) vinculante. En efecto, se podría sostener que lo único que controla un tribunal de casación es que el derecho se aplique «correctamente».

Sin embargo, tal visión se basa en una percepción formalista y algo ingenua sobre lo que supone la aplicación del derecho en general, y la interpretación judicial en particular. No solo porque supone, en este sentido, que el derecho admite una sola interpretación. El problema es que, más allá de que exista una sola interpretación correcta, incluso aunque esta tesis fuera verdadera (lo que es más que discutible), los desacuerdos sobre cuál es la interpretación correcta de hecho se producen, y los órganos de casación emiten normas sobre cómo interpretar tales enunciados.

Resulta pues muy poco plausible pensar que los tribunales de casación se dedican únicamente a velar por la buena aplicación del derecho. Antes bien, dichos tribunales establecen una como la interpretación vinculante del derecho, formulando de este modo meta-reglas interpretativas, a veces de carácter sumamente general.

En definitiva, incluso allí donde parece haber una normativa contraria a la regla del *stare decisis*, surgen en la práctica instituciones que juegan un papel similar,

---

[38] TROPER, 1996: 65 y ss. Para un brevísimo resumen histórico acerca de cómo la regulación de los precedentes en el Código Civil napoleónico influyó, de manera análoga, en el ordenamiento jurídico español, *vid.* LAPORTA, 2009:, 12 y ss.

[39] Ley de la Asamblea Nacional Francesa del 16-24 de septiembre 1791, título VIII, art. 23.

cuando no completamente equivalente, a la regla del precedente. Y es que resulta francamente complicado encontrar algún ordenamiento en el que la regla del *stare decisis* no goce de algún tipo de reconocimiento, por escaso que sea este. Veamos las razones.

b) Son factores —que a falta de nombre mejor llamaré— de «carácter funcional» los que hacen difícil imaginar un ordenamiento jurídico en el que no exista algún tipo de regla sobre el precedente. Aunque no es este el lugar indicado para analizarlo, creo que resulta pacífico sostener que en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se producen casos de indeterminación[40] o, al menos, que los jueces deciden de maneras diferentes (más allá de que se equivoquen o no, y con qué frecuencia se produzca). Pues bien, si así están y los jueces tienen en ocasiones posibilidad de decidir los casos de distintas maneras (aunque sea solo que efectivamente puedan hacerlo y así lo hagan), es más que razonable pensar que los jueces toman en cuenta otras decisiones jurisdiccionales sobre casos similares (aunque sea, al menos, por razones de economía en la toma de decisiones).

Es posible afirmar que un ordenamiento jurídico que no tiene ningún tipo de regla del precedente funciona mal, desde dos puntos de vista.

En primer lugar, un ordenamiento en el que no hay ningún tipo de regla del *stare decisis* ve aumentado su nivel de incertidumbre. Si existe un alto grado de incertidumbre acerca de lo que exige el derecho, entonces aquel difícilmente servirá para orientar el comportamiento. Dicho de otro modo, no podrá satisfacer su función principal que es orientar el comportamiento de los ciudadanos (ni, en realidad, tampoco el de los jueces). Y, se podría concluir, si el nivel de incertidumbre fuera demasiado alto, no reconoceríamos aquel como un ordenamiento jurídico porque no serviría para orientar la conducta.

En segundo lugar, en un ordenamiento sin algún tipo de regla del *stare decisis* se aumenta ostensiblemente los costos de la decisión y justificación jurisdiccional. En síntesis: es ineficiente volver a discutir una cuestión cada vez que se presenta en la práctica si aquella ha sido decidida previamente (Raz, 1985: 146). Cuando los jueces tienen la obligación de decidir los casos similares del mismo modo a como se ha hecho en el pasado, se dota al razonamiento judicial de un criterio de autoridad suplementario, lo que —al menos *prima facie*— tiende a aumentar la determinación normativa en tal ordenamiento, y a reducir los costos de decisión (y de justificación) (Orozco Muñoz, 2011: 236 y ss.).

No obstante, es preciso subrayar que es perfectamente posible un ordenamiento en el que no exista una regla del *stare decisis*. Lo que estoy sosteniendo no es, por tanto, que no existan o no puedan existir lógicamente ordenamientos sin algún tipo de regla del precedente. Lo que sostengo, por el contrario, es que en la mayoría de ordenamientos efectivamente existe alguna regla del *stare decisis*, técnica usada frecuentemente como instrumento para reducir la incertidumbre y aumentar la eficiencia en la toma de decisiones, incluso *contra legem*.

[40] Sobre la indeterminación racional del derecho me permito remitir a Núñez Vaquero, 2013.

3.2. Formas de «existencia» de la regla del precedente

En el presente apartado voy a tratar de establecer bajo qué condiciones podemos decir que hay, dentro de un ordenamiento jurídico, una regla del *stare decisis*. Por razones que no es posible explicitar, aquí no seguiré la aproximación tradicional a este problema que, sobre todo en la cultura jurídica del *civil law*, presenta este como un problema acerca de las fuentes del derecho (especialmente las formales).

Aquí, por el contrario, voy a adoptar un punto de vista diferente basado en la idea de la validez (entendida como pertenencia) de una regla del *stare decisis*. Pues bien, cuando nos preguntamos si en un ordenamiento existe una regla del *stare decisis* lo que hacemos es preguntarnos por las condiciones de validez de una norma dentro de un sistema jurídico. Es precisamente esta la perspectiva que asumiré aquí.

Hoy en día es poco discutido que una norma puede pertenecer a un ordenamiento jurídico de diferentes maneras o a diferente título (CARACCIOLO, 1988). Puede, en primer lugar, pertenecer en cuanto norma derivada del ordenamiento, es decir, en cuanto norma que ha sido emanada por una autoridad competente y que no contradice normas jerárquicamente superiores (validez derivada). Pero, en segundo lugar, una norma puede pertenecer como norma independiente en un ordenamiento jurídico si aquella es reconocida directamente como tal por parte de los tribunales (validez originaria)[41]. Dicho de otro modo, como una norma directamente designada por el conjunto de reglas que los jueces utilizan para establecer cuáles son las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico (regla de reconocimiento).

Una vez aclarado el marco conceptual en el que podemos decir que una norma puede pertenecer al ordenamiento jurídico, podemos presentar algunas maneras en las que un ordenamiento jurídico puede contener una norma sobre el precedente. Se trata, no obstante, únicamente de una enumeración no exhaustiva de formas en las que puede pertenecer la regla del *stare decisis*, siendo posible que haya otras formas de pertenencia. Quedará para otra ocasiones determinar si, y en qué sentido, los sistemas casacionales (y de recursos procesales, más en general) y de gobierno judicial, pueden generar —aunque sea indirectamente— sistemas de precedentes.

a) Por previsión normativa explícita. En primer lugar, un ordenamiento jurídico puede tener una regla del precedente cuando sus documentos autoritativos prevean una disposición normativa que explícitamente formula alguna regla del *stare decisis*. Cuáles de todas las posibles reglas del *stare decisis* sean las que están vigentes es cuestión contingente.

b) Por concretización de algún principio. En segundo lugar, es posible que, pese a que no se encuentre ninguna previsión normativa sobre la regla del *stare decisis*, aquella sea considerada como la concretización de algún principio jurídico (explícito

[41] La lista de normas que pertenecen como normas independientes dentro de un ordenamiento jurídico es de lo más variado: desde la primera constitución, a las normas irregulares, pasando por las reglas que concretizan principios, las reglas (no positivizadas en muchos ordenamientos) para la resolución de antinomias, etc. Es decir, se trata de un conjunto de normas que nadie dudaría en calificar como pertenecientes al ordenamiento jurídico pero que no han sido emanadas por ninguna autoridad identificada por ninguna norma perteneciente al ordenamiento jurídico.

o implícito). Es decir, la norma del *stare decisis* no ha sido expresamente formulada por el legislador pero se considera que aquella se deriva de algún principio jurídico[42]. Ahora bien, lo que determina la pertenencia a un ordenamiento de alguna regla del precedente como especificación de algún principio es que tal regla sea aceptada como una concretización válida de tales principios[43], no la mera posibilidad de concretizarlo a partir de algún principio.

c) Por identificación de la regla del precedente como norma independiente (originaria). El consenso necesario para que una regla del *stare decisis,* producto de la concretización de algún principio jurídico, pertenezca a un ordenamiento sería un consenso, en cierto sentido, justificado jurídicamente, en la medida en que se trate de un consenso basado en la plausibilidad de derivar tal regla a partir de uno de algún principio. Sin embargo, tal consenso puede darse, por decirlo de algún modo, de manera más directa.

Es perfectamente posible que, pese al silencio del sistema de fuentes expresamente formulado en un ordenamiento (*praeter legem*), o incluso en contra de dicho sistema explícito de fuentes (*contra legem*), los jueces reconozcan como parte del ordenamiento una regla del *stare decisis* y estén dispuestos a aplicarla. Es decir, que los jueces consideren que hay una norma implícita en el ordenamiento que obliga a decidir los casos similares de manera similar, designando tal norma como una norma independiente (en el sentido de norma originaria del ordenamiento)[44].

d) Por identificación de una o varias decisiones como precedente como normas independientes (originarias). Por último, es también posible que no haya una regla del precedente de carácter general, sino que se considere que un conjunto de decisiones expresan normas originarias. Es decir, aquí la norma válida en sentido originario no es la regla del *stare decisis*, sino la norma expresada por una o varias *rationes decidendi*.

4. DESCUBRIENDO EL PRECEDENTE

En esta sección me ocuparé de la identificación de la regla empleada por un órgano jurisdiccional para decidir una controversia, esto es, el descubrimiento de la *ratio*

---

[42] Los dos principios candidatos a expresar la regla del *stare decisis* son precisamente aquellos que justifican su existencia: el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley. En relación al primero, no parece descabellado afirmar que una de las posibles concretizaciones del principio de seguridad jurídica es la regla según la cual que los casos similares deben juzgados de igual manera. Ello con el objetivo de que las expectativas de los ciudadanos sobre un tipo de decisiones jurisdiccionales se vean satisfechas. En relación al segundo, el principio de igualdad ante la ley parece justificar sobradamente que todos los casos de un cierto tipo deban ser decididos de la misma manera. *Vid.*, XIOL, 2006; IGARTUA, 2006; MARINONI, 2012; RUIZ MIGUEL, 1997.

[43] Si aceptamos que tales principios están presentes en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, esto podría llevarnos a concluir que en todos estos ordenamientos está presente la regla del *stare decisis*. Sin embargo, ello no es evidentemente así, al menos porque los diferentes ordenamientos parecen tener diferentes reglas del precedente.

[44] Este es, por ejemplo, el caso del Tribunal Constitucional colombiano; en cierto sentido, también del Tribunal constitucional español; y la base de la regla del autoprecedente por parte de la Cámara de los Lores británica. Sobre el Tribunal Constitucional colombiano, *vid.* BERNAL PULIDO, 2008. Sobre el Tribunal Constitucional español, *vid.* MORAL SORIANO, 2002 y GASCÓN, 1993. Sobre la Cámara de los Lores, *vid.* CROSS y HARRIS, 2011: 129.

decidendi. No obstante, antes de pasar a analizar los problemas relativos a la identificación de la *ratio decidendi* es preciso volver a las formas en las que puede ser trazada la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*.

Como ya sabemos (*supra* 2.2.2), la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* se vuelve más relevante en la medida en que concibamos los precedentes como reglas y no como casos paradigmáticos. La razón es que si bien la distinción es conceptualmente relevante tanto si concebimos los precedentes como reglas como si los concebimos como casos paradigmáticos, en el segundo caso la distinción se hace extensionalmente mucho más difícil de trazar, cuando no imposible. Por esta razón, en este apartado me centraré exclusivamente en los problemas de identificación de la *ratio decidendi* cuando el precedente sea identificado como regla.

Cuando, por el contrario, configuramos el precedente como regla, la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* se vuelve de lo más relevante. Esto no implica que alguna de las propiedades previstas en el antecedente de la regla aplicada por el juez sea perfectamente clara en el sentido de no vaga. Es, por supuesto, perfectamente posible concebir la decisión jurisdiccional como aplicación de una regla pero, sin embargo, que dicha regla sea intencionalmente vaga.

4.1. Problemas de interpretación del precedente en sentido estricto

El primer problema que aparece en relación con la identificación de la norma aplicada por un órgano jurisdiccional es la interpretación de las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, por «interpretación» podemos entender cosas muy diferentes. Por «interpretación en sentido estricto» entenderé la actividad de atribución de significado a textos (en este caso, al texto de la decisión jurisdiccional). Por «interpretación en sentido amplio», por el contrario, entenderé el conjunto de actividades que sirven para establecer la *ratio decidendi* pero que no consisten en la atribución de significado al texto con base en criterios interpretativos como, por ejemplo, la inducción o la identificación de qué hechos ha considerado como relevantes (de entre todos los hechos probados) el órgano jurisdiccional.

En relación con la interpretación en sentido estricto, en primer lugar, nos encontraremos con el problema de tener que identificar qué partes de la decisión constituyen la *ratio decidendi* y cuáles, sencillamente, son parte del *obiter dicta*. Surge, en este ámbito, también el problema del valor que debe atribuírsele a la propia declaración del órgano sobre cuál es el fundamento —en este contexto, la *ratio decidendi*— de su sentencia[45].

En segundo lugar, en muchas ocasiones la *ratio decidendi* no está formulada en términos normativos sino que, por el contrario, aparece como una explicación de la decisión juridisdiccional. Dicho de otro modo, la norma que constituye la *ratio decidendi* no queda formulada en términos prescriptivos sino en términos descriptivos, lo que no ayuda precisamente a su identificación.

[45] Como señala R. Cross, esto podría producir que el órgano afirmase que algunas cuestiones no congruentes o relevantes para el fallo tuvieran valor de precedente. *Cfr.* Cross y Harris, 2011: 64

En tercer lugar, del mismo modo que en muchas ocasiones los enunciados interpretativos que podemos emplear para atribuir significado a los enunciados normativos conducen a diferentes interpretaciones-producto (careciendo de meta-criterios últimos de origen jurídico que nos indiquen cuál de las interpretaciones es la correcta) (GUASTINI, 2014), igualmente la interpretación de los enunciados que aparecen en una decisión jurisdiccional pueden ser susceptibles de diferentes interpretaciones[46]. Ello se debe exactamente a la misma razón por la que podemos atribuir diferentes interpretaciones a los enunciados normativos: la pluralidad de criterios interpretativos, y la ausencia de meta-criterios últimos de corrección interpretativa de origen jurídico (LLEWELLYN, 1950).

Para entender el cuarto problema relativo a la interpretación en sentido estricto es necesario introducir una distinción ulterior de teoría general de la interpretación: aquella entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. Como es sabido, la interpretación en abstracto es la interpretación que es llevada a cabo más allá de cualquier caso individual, mientras que la interpretación en concreto es una interpretación dirigida al uso de la interpretación-producto para resolver un caso individual[47].

Pues bien, cuando estamos frente a la interpretación en concreto de una decisión jurisdiccional, la atribución de significado a los enunciados de la decisión precedente está mediada por sesgos normativos. Es decir, la atribución de significado a los enunciados de la decisión que expresa el precedente va a estar determinada por la percepción del caso a resolver y por cómo este precedente puede afectar el caso a decidir. Dicho de otro modo: el intérprete va a ajustar la atribución de significado a la decisión objeto de interpretación con base en las consecuencias que tal interpretación produzca en el caso que ha de resolver.

Esto, es importante señalarlo, no implica que nunca sea posible establecer qué norma ha sido empleada para resolver un caso, ni que las decisiones judiciales sean siempre ambiguas, susceptibles de varias interpretaciones. El hecho de que sea o no posible determinar la *ratio decidendi* es una eventualidad que depende de que los diferentes criterios interpretativos conduzcan efectivamente a diferentes resultados interpretativos y de la propia redacción de la decisión. Sin embargo, parece que tales problemas se dan con bastante frecuencia.

4.2. Problemas de interpretación en sentido amplio

Si bien es cierto que buena parte de los problemas de la identificación de la *ratio decidendi* son problemas relativos a la interpretación en sentido estricto, es importante señalar que los problemas de distinción entre *ratio* y *obiter* no pueden ser reducidos

[46] La decisión judicial, normalmente, interpreta textos normativos —disposiciones normativas de carácter autoritativo— pero puede interpretar también, a su vez, otras decisiones judiciales. Es decir, la interpretación de decisiones judiciales es en muchas ocasiones una meta-interpretación, esto es, interpretación de cómo se han interpretado otros textos.

[47] GUASTINI en realidad emplea la expresión «interpretación en concreto» para referirse a dos actividad diferentes: en primer lugar, a la subsunción; en segundo lugar, a la actividad de (re-)interpretación en sentido estricto que consiste en ajustar el significado de los enunciados precisamente con el objetivo de esclarecer si aquellos expresan una proposición bajo la cual subsumir un caso individual.

únicamente a problemas de interpretación. Es decir, es posible que no tengamos dudas acerca del significado de las palabras empleadas en la decisión jurisdiccional pero que, sin embargo, con base en dicho material no sea posible todavía identificar la regla aplicada.

En este sentido se pueden identificar no menos de cinco problemas de interpretación en sentido amplio que no son dependientes de la interpretación en sentido estricto.

En primer lugar, si presuponemos que la justificación de la regla del *stare decisis* se encuentra en los principios de igualdad y seguridad jurídica[48], entonces aquello relevante es determinar qué norma ha sido la que ha utilizado el órgano jurisdiccional para decidir la controversia, no la norma que ha presentado como justificación de su decisión. Es decir, aquello relevante es la premisa normativa que ha utilizado el juez en su fuero interno[49]: la norma que funcionó como premisa mayor en su razonamiento, y no necesariamente aquella que mencionó.

Pues bien, desde este punto de vista, no hay razón alguna para presuponer que la decisión mencione todas y cada una de las propiedades que han sido consideradas como relevantes a la hora de decidir. Dicho de otro modo, no hay ninguna razón para pensar que los jueces han hecho explícitas o mencionado todas las propiedades relevantes contempladas en el antecedente de la norma que ha aplicado. De hecho, a decir verdad, no hay razón alguna para pensar que los jueces mencionen las razones por las que deciden realmente las controversias (POSNER, 2011).

En segundo lugar, no es infrecuente que los órganos jurisdiccionales, especialmente los administrativos, mencionen únicamente disposiciones normativas sin especificar cómo las están interpretando. Es decir, sin hacer explícita cuál es la norma que están aplicando[50] sino únicamente la disposición de la que la derivan. Este problema, que no es de interpretación en sentido estricto sino de meta-interpretación, se agrava especialmente cuando lo que están aplicando los jueces no son normas provenientes de enunciados normativos, sino precedentes que tienen como origen otras decisiones jurisdiccionales.

En tercer lugar, es posible que el órgano haya considerado diferentes disposiciones y/o diferentes normas como contribuyentes para su decisión judicial. Sin embargo, configurando de este modo la decisión, el problema es que no sería posible identificar cuáles son los factores necesarios y suficientes, es decir, las propiedades relevantes de la regla que ha aplicado.

---

[48] Algunos autores, como Marina GASCÓN, justifican la regla del precedente en la interdicción de la arbitrariedad judicial. En este sentido, aquella funcionaría como un límite formal a la argumentación judicial; en particular, aquella equivaldría al principio kantiano de universalidad. Sin embargo, GASCÓN insiste en que dicha justificación no estaría basada en el principio de igualdad. GASCÓN, 1993: 59. *Vid.* también J. WALDRON, 2012: 1-31.

[49] Siempre que se conciba el precedente de forma psicológica. *Cfr.* CHIASSONI, 2012: 219. Esta parece ser la tesis de CROSS: «[E]ntre todas las proposiciones dictadas por el juez, únicamente se consideran parte de la *ratio decidendi* aquellas proposiciones que parezcan haber sido *consideradas por él como necesarias* para su decisión»; «Obsérvese que el descubrimiento de la *ratio decidendi* del caso anterior es principalmente *un problema de tipo psicológico*» (cursiva mía). *Cfr.* R. CROSS y HARRIS, 2012: 63, 226.

[50] «Sin esa enunciación, el fundamento puede ser prácticamente cualquier cosa». *Cfr.* SCHAUER, 2013: 70.

En cuarto lugar, es posible que una decisión jurisdiccional contenga votos concurrentes, es decir, votos particulares que apoyan la decisión pero que la fundamentan de manera diferente. No solo es discutible cuál sea el papel de dichos votos en la identificación de la *ratio decidendi*, sino que también es dudoso qué papel están llamados a jugar los votos disidentes.

Por último, en los casos de ponderaciones entre principios jurídicos es perfectamente posible que se indiquen cuáles han sido los principios y razones tenidos en cuenta, pero no se especifique qué regla es la que se obtiene de tal ponderación y, en consecuencia, qué regla se está aplicando. Puede darse el caso de que no se mencione cuál es el resultado de la ponderación, señalándose únicamente cómo resuelve dicha ponderación el caso. Y algo parecido se podría decir respecto a la concretización de principios, es decir, la derivación de una regla a partir de un principio jurídico.

4.3. El problema la inducción

Cuando, después de la interpretación en sentido estricto de los enunciados que expresan la decisión jurisdiccional, no se ha conseguido determinar la *ratio decidendi* de la decisión, se pueden tomar dos caminos diferentes para intentar identificar la regla aplicada. El primero de ellos es la reinterpretación (en sentido estricto) del texto de la sentencia, intentando hacerle decir más de aquello que, a la luz de los criterios interpretativos disponibles, dice la decisión. El segundo camino consiste en tratar de reconstruir la regla aplicada a través del fallo de la decisión y los hechos probados, mediante un argumento por generalización[51].

A continuación analizaré dos problemas que enfrenta este segundo tipo de operaciones en las que se trata de identificar la *ratio decidendi* a la luz del dispositivo de la sentencia y de los hechos probados. Dejo de lado el primer tipo de actividad de sobreinterpretación porque parece tratarse de un caso de discrecionalidad en sentido fortísimo.

Pues bien, en primer lugar, es frecuente considerar que, a la luz de los hechos probados y de la norma individual decretada por el juez, es posible establecer qué regla ha aplicado. Sin embargo, para que dicha operación fuera plausible, sería necesario establecer cuáles, de entre todos los hechos considerados como probados, han sido considerados como relevantes por el tribunal[52]. Ahora bien, si fuéramos capaces de identificar cuáles son los hechos relevantes del caso, entonces ya habríamos descubierto las propiedades que forman el antecedente de la regla aplicada por el tribunal (teniendo la solución normativa en el fallo)[53]. Se trata, por tanto, de una falacia de argumento circular.

---

[51] Por supuesto, si bien es posible distinguir conceptualmente estas dos operaciones, en la práctica son llevadas a cabo de manera conjunta.

[52] Esta es la crítica que tradicionalmente se ha venido desarrollando en contra del método desarrollado por GOODHART para la identificación de la *ratio decidendi*. *Vid.* GOODHART, 1930; MONTROSE, 1956; STONE, 1959.

[53] Autores como GOODHART han sostenido que cuáles sean las propiedades que hay que considerar como relevantes para la determinación de la *ratio decidendi* vendría dado por el resto de normas del ordenamiento.

En segundo lugar, incluso aunque fuéramos capaces de establecer cuáles son los hechos que han sido considerados relevantes, con base en dichos hechos y el dispositivo de la sentencia sería posible identificar —no una, sino— infinitas normas que igualmente justificarían la misma decisión[54]. Se trata sencillamente del más que conocido problema —indicado prontamente por los realistas estadounidenses en este ámbito[55]— de la inducción: la imposibilidad de concluir válidamente desde el punto de vista lógico qué regla se está utilizando a partir de la constatación de ejemplos de uso de la regla[56].

Por último, es importante señalar que algunos autores han considerado que, más allá del valor que se otorgue a la reiteración de un precedente (esto es, que no se trate de una única decisión precedente sino que haya varias o una cadena de precedentes), tal reiteración serviría para identificar con mayor claridad cuál es el precedente. Sin embargo, es preciso descartar tal idea. Si el problema, como parece, es la determinación de la norma aplicada por el tribunal, entonces surgen dos problemas en relación con lo que aportaría la reiteración del precedente.

El primero de ellos es que nada impide que el segundo precedente haya interpretado mal el primero y, en tal caso, en lugar de uno tengamos dos precedentes parcialmente solapados. Eliminando de la ecuación las atribuciones de sentido claramente absurdas (aquellas que no respetan sincrónicamente los criterios vigentes de interpretación), si fuéramos capaces de identificar una interpretación errónea del precedente, sería porque ya habríamos identificado cuál es la *ratio decidendi* del caso.

En segundo lugar, el hecho de que tengamos una decisión ulterior, incluso aunque sea idéntica, no tiene por qué facilitar la identificación del precedente vía inducción, precisamente porque la presentación de nuevos casos de aplicación de la regla no permite establecer concluyentemente qué norma ha sido aplicada. En caso contrario, sencillamente presupondríamos haber resuelto el problema de la inducción (y/o del wittgensteniano seguimiento de reglas), lo que estamos lejos de conseguir.

Surge inmediatamente una cuestión: ¿qué propiedades, de todas las que contempla el derecho, son las que deben ser tenidas en cuenta? o, dicho de otro modo, ¿qué criterio de relevancia debemos emplear para identificar las normas relevantes a estos fines? Esta parece ser también la posición de SCHAUER. *Cfr.* SCHAUER, 2013: 65. Sin embargo, SCHAUER había sostenido con anterioridad una tesis acerca de la convencionalidad de los criterios de relevancia; dicho de otro modo, que existiría una convención, desde luego profunda, acerca de cuáles son los criterios de relevancia. Sin embargo, dicha tesis puede ser refutada haciendo referencia, rawlsianamente, al hecho del pluralismo de las concepciones del bien.

[54] Este punto puede comprenderse fácilmente mediante un ejemplo: si una decisión judicial ha considerado que el sujeto S1 asesinó al sujeto S2, y el dispositivo de la sentencia dice que S1 debe permanecer 15 años en una cárcel, alguien podría concluir que la regla aplicada sería algo parecido a N1: Quien asesine tendrá pena de 15 años de cárcel. Sin embargo, dicha norma individual también estaría justificada por la norma N2 (Quien asesine a otro mediando una relación de enemistad entre víctima y delincuente, entonces 15 años de cárcel), la norma N3 (Quien asesine a otro salvo que haya una relación afectiva entre las partes, entonces 15 años de cárcel), la norma N4 (Quien asesine habiendo una relación laboral entre las partes, entonces 15 años de cárcel), etcétera.

[55] La formulación más célebre de este problema se encuentra en OLIPHANT, 1928. Sin embargo, también es identificada por el propio LLEWELLYN (LLEWELLYN, 2008: 61-66), por Felix COHEN (COHEN, 1960, 88) y por Max RADIN (RADIN, 1946: 140).

[56] Aquí no estoy sosteniendo, ni tomando posición de ningún modo, respecto a la tesis de Kripke-Wittgenstein acerca de la existencia de reglas. Aquí únicamente estoy presuponiendo (que no aceptando) la existencia de normas (o reglas) pero poniendo en cuestión la posibilidad de identificarlas en este ámbito.

Cuando se presentan casos de indeterminación acerca de la *ratio decidendi* y, aún así, se identifica una específica norma como la aplicada, dicha actividad, antes que puramente cognitiva, parece más bien una reconstrucción valorativa o axiológica. Es decir, lo que se hace en estos casos es llevar a cabo una operación de carácter valorativo (en abstracto y/o en concreto) para identificar cuáles son las propiedades que el órgano jurisdiccional *debería* haber tenido en cuenta: un juicio de carácter práctico acerca de cuáles son las propiedades que «razonablemente» debería haber tenido en cuenta el órgano a la hora de decidir el caso. Por supuesto, nada garantiza que los criterios empleados sean los mismos.

5. QUÉ HACER CON UN PRECEDENTE

Una vez que hemos identificado el tipo de regla del *stare decisis* presente en el ordenamiento jurídico de referencia y la *ratio decidendi* de la decisión jurisdiccional, llegamos a la fase de la aplicación del precedente. Obviamente, es perfectamente posible que se identifique la *ratio decidendi* de una decisión que cuenta como precedente y que, sin embargo, se considere simplemente como no aplicable porque el caso a decidir no satisface las propiedades de aplicabilidad interna del precedente. Pero, pese a que se haya identificado el precedente, y que el caso satisfaga las condiciones internas de aplicación de aquel, la aplicación del precedente es solo una de las posibilidades que el órgano jurisdiccional tiene a su disposición.

Aunque limitemos el discurso sobre la aplicación del precedente únicamente a los precedentes entendidos como reglas, ello no implica que su aplicación sea una tarea meramente mecánica. Ello porque no existe ningún sistema jurídico —aunque sería perfectamente posible— en el que los precedentes sean absolutamente vinculantes (CHIASSONI, 2012: 245). Dicho de otro modo: no existe ningún ordenamiento jurídico en el que el órgano jurisdiccional tenga la obligación no excusable de aplicar un precedente (entendiendo por «aplicar el precedente» utilizar la misma norma que fue usada como premisa mayor de la decisión jurisdiccional precedente (*vid. supra* 2.4.1.2). Salvo en el caso en que existiera en un ordenamiento el más alto grado de vinculatoriedad (entendida como obligación institucional no excusable bajo ninguna condición de aplicar el precedente), los órganos jurisdiccionales siempre tienen la posibilidad (en sentido normativo) de no aplicar el precedente.

5.1. No aplicar el precedente

La primera posibilidad que voy a explorar es la no aplicación del precedente. A continuación, presentaré seis de las operaciones más típicas mediante las que se puede rechazar la aplicación de un precedente: no aplicar, derrotar, distinguir, modificar, abrogar y anular un precedente[57]. Aquí no voy a emplear la terminología propia de la

[57] Se trata, dicho sea de paso, solo de las más frecuentes, siendo posible identificar otras. Por ejemplo, Jeffrey MARSHALL identificó, irónicamente, hasta 33 operaciones que se podían hacer con un precedente. *Cfr.* MARSHALL, 1993.

tradición del *common law* que es aquella más frecuentemente empleada para analizar las formas en las que es posible no aplicar el precedente debido a la ambigüedad de las dos expresiones más comúnmente usadas: *distinguish* y *overruling*.

Estas seis formas de rechazar la aplicación de un precedente constituyen una escala de menor a mayor grado de rechazo del precedente. Veamos cada una de ellas separadamente.

5.1.0. No aplicar

Lo primero que podemos hacer para no aplicar un precedente es, sencillamente, considerar que el caso a decidir no satisface las condiciones de aplicabilidad interna de la *ratio decidendi* del precedente. Dicho de otro modo, la norma expresada en el precedente no es aplicable al caso porque aquella regula un supuesto de hecho diferente, o porque, aunque regule el mismo caso, el supuesto precedente sería, en la parte coincidente, únicamente *obiter dictum*. Este caso constituye el grado mínimo de rechazo del precedente pues mediante esta operación lo único que se hace es afirmar que el caso a decidir no cumple las propiedades tenidas en cuenta en el antecedente de la norma que constituye la *ratio decidendi*.

5.1.1. Derrotar

Aquí no entraré en un análisis pormenorizado acerca de qué significa derrotar una norma, y me limitaré a emplear dicha noción en el ámbito de los precedentes[58]. Pues bien, derrotar un precedente implica considerar, en primer lugar, que aquel es internamente aplicable, es decir, que el caso a decidir satisface las propiedades previstas en el antecedente de la norma. Es más, se considera que el precedente resuelve el caso a decidir (razón *prima facie*) pero, sin embargo, debido a la presencia de otras razones más poderosas en el caso, aquel es dejado de lado o no aplicado. Es decir, se derrota un precedente cuando, a la luz de todas las consideraciones relevantes del caso (*all things considered*), se considera que hay razones más importantes o de mayor peso para decidir el caso mediante otra u otras normas. Se trata obviamente de una cuestión valorativa que depende de las preferencias de los intérpretes.

5.1.2. Distinguir

En la siguiente operación típicamente desarrollada por los tribunales para evitar la aplicación de un precedente, la distinción, nuevamente se considera que el caso a decidir satisface las condiciones de aplicabilidad interna del precedente. Es decir, el precedente es, al menos *prima facie*, aplicable.

Sin embargo, al utilizar este mecanismo lo que se está haciendo es considerar que su aplicación al caso concreto no resultaría conveniente desde el punto de vista axioló-

[58] Para el análisis de la cuestión de la derrotabilidad de las normas jurídicas, *vid.* RODRÍGUEZ y BAYÓN, 2003.

gico: su aplicación resultaría injusta. Ello porque se considera que en el caso a decidir concurre alguna propiedad relevante que, de ser tomada en cuenta, haría que razonablemente el caso fuera resuelto de otra manera (por supuesto, más justa).

Como es bien sabido, la distinción de normas es una actividad del todo análoga a la construcción de lagunas axiológicas mediante el argumento de la disociación. A saber: aquel mecanismo por el que el intérprete considera que un caso queda regulado por una norma pero que, de haberse tenido en cuenta una propiedad del caso individual que se debe decidir, la calificación jurídica del hecho habría sido diferente[59].

Esto no hace que el precedente P1 pierda validez o fuerza justificativa. Por el contrario, lo que se hace mediante la distinción es señalar una excepción al precedente P1, generando un nuevo precedente P2 (si el órgano tiene la competencia para hacerlo), más especial[60] respecto al precedente P1, que resuelve la cuestión de manera diferente (DUXBURY, 2008: 115).

5.1.3. Modificar

Cosa diferente a distinguir un precedente es modificarlo, considerando que aquello que normalmente había sido considerado como la *ratio decidendi* del precedente es en realidad otra. Esto suele realizarse llevando a cabo una modificación de las partes consideradas *ratio decidendi* y *obiter dicta* respectivamente, es decir, sosteniendo que la *ratio decidendi* del caso precedente, en contra de lo que pudiera parecer, en realidad es otra.

La diferencia respecto a la distinción del precedente es que aquí no se genera un nuevo precedente P2 más fino —una norma con un antecedente en el que hay más propiedades— respecto al precedente original P1, sino que directamente se modifica el precedente P1, sustituyendo alguna de las propiedades que originariamente estaban en su antecedente por otra nueva. Cuando estamos frente a la modificación de un precedente, tal operación suele ser justificada como una aclaración respecto del precedente anterior.

5.1.4. Abrogar

Estamos frente a la abrogación de un precedente toda vez que un órgano jurisdiccional considera que un precedente P1, si bien no es contrario a derecho, no debe seguir siendo parte del ordenamiento jurídico. Es decir, aquí lo que tenemos es un acto de derogación por razones de oportunidad, porque —aunque la decisión

[59] Caben dos formas argumentativas para distinguir un precedente: el primero de ellos es mediante un argumento contrafáctico según el cual, si tal propiedad se hubiera presentado en el caso anterior, habría sido tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional; el segundo, por el contrario, no apela a la actuación del órgano jurisdiccional sino que afirma que es razonable introducir tal distinción.

[60] Por «más especial» aquí estoy considerando sencillamente la presencia, comparativamente, de alguna propiedad suplementaria en el antecedente de la norma. Para una discusión sobre la relación de especialidad entre normas, *vid.* S. ZORZETTO, 2010.

precedente no se ha convertido en una decisión contraria a derecho— ya no se considera la mejor solución jurídicamente posible. Ello normalmente se justificará en un cambio de las circunstancias fácticas, sobre todo en precedentes de vieja data, arguyendo que su aplicación al momento actual conduciría a consecuencias no deseables.

Si bien en el caso de la anulación no es imprescindible que el tribunal genere un nuevo precedente —ya que es posible que el tribunal se limite a derogar una decisión pasada[61]— ello no significa que la abrogación no requiera de justificación. Antes bien, el órgano jurisdiccional que abroga un precedente debe justificar tal operación, argumentando que si bien el precedente no es contrario a derecho, un cambio en las circunstancias empíricas hace que su aplicación no conduzca a las mejores consecuencias jurídicas posibles[62].

5.1.5. Anular

Estamos frente a la anulación de un precedente toda vez que un tribunal elimina, anulándolo, un precedente judicial. Ahora bien, la anulación de precedentes tiene un efecto diferente a la mera abrogación. Cuando tenemos la abrogación de un precedente, lo que se sigue es únicamente que la norma deja de formar parte de una clase, esto es, deja de formar parte del derecho; dicho en otros términos, el precedente ya no está investido de autoridad. Cuando, por el contrario, tenemos una anulación, los efectos parecen más severos.

Para que el órgano jurisdiccional pueda anular el precedente debe fundar su decisión en su no juridicidad, es decir, aquel debe ser contrario a Derecho, y en tal consideración debe justificarse su anulación[63]. En este sentido, es posible afirmar que la anulación no implica únicamente la derogación del precedente sino su consideración negativa[64]: lo que sucede no es solo que ya no forma parte del derecho sino que su uso está prohibido[65].

---

[61] En efecto, en ocasiones los tribunales consideran que un precedente no es idóneo pero se abstienen de sustituir la *ratio decidendi* del caso derogado con otra. Esto es lo que R. Cross y J. W. Harris llaman debilitamiento (*undermining*) del precedente. No obstante, deseo subrayar que la noción de abrogación que aquí estoy proponiendo no depende de la sustitución de un precedente con otro, sino de si el tribunal se limita a considerar que un precedente ya no forma parte del derecho o si, por el contrario, además considera negativamente tal precedente, calificando su uso como prohibido. En este último caso estaríamos frente a un acto de anulación. *Vid.* R. Cross y Harris, 2012: 158.

[62] Esto es lo que Bernal llama «error de idoneidad». *Cfr.* C. Bernal Pulido, 2008: 92.

[63] Según Schauer, para que sea derogable el precedente debe tener especiales consecuencias negativas, o bien debe ser de una gran magnitud. Es inútil decir que ambas consideraciones son de carácter valorativo o axiológico. *Cfr.* Schauer, 2013: 75.

[64] Para entender este punto, tal vez sea conveniente trazar una analogía —algo imprecisa, a decir verdad— con el caso en que un juez utiliza una norma abrogada por el legislador para resolver una controversia o, en cambio, usa una norma expulsada por el órgano competente por ser inconstitucional. Respecto del primer caso, probablemente diríamos que está mal fundada la decisión. Respecto del segundo, diríamos que la decisión es antijurídica. Parece que en este caso el reproche es mayor.

[65] Por supuesto, la posibilidad de llevar a cabo estas operaciones depende del sistema de precedentes que rija en el concreto ordenamiento jurídico. En concreto, de las normas de competencia entre los tribunales.

5.2. Aplicación del precedente

Una vez que ya se ha identificado la *ratio decidendi* del precedente a aplicar, y se ha concluido que aquel es aplicable *all things considered* al caso que se ha de decidir, pueden surgir todavía otros dos problemas. El primero es que el precedente, pese a ser internamente aplicable, sea un precedente vago. El segundo de ellos se refiere a la multiplicidad de precedentes y a las antinomias que pueden surgir entre aquellos.

5.2.1. Vaguedad del precedente

El primer problema que debemos afrontar a la hora de aplicar el precedente es su vaguedad. Por vaguedad del precedente estoy entendiendo el hecho de que una o varias de las propiedades del antecedente de la *ratio decidendi* sea vaga, esto es, que aquella haga referencia a una propiedad cuya aplicación puede generar dudas extensionalmente, identificándose casos claros de aplicación y no aplicación, y otro grupo de casos no claros de aplicación.

Pues bien, nada garantiza que, pese a que hayamos identificado en abstracto la *ratio decidendi* de un precedente en cuanto regla, y que tal norma parezca internamente aplicable en el precedente que la formula, aquella sea vaga para el nuevo caso al que aplicar el precedente. Del mismo modo que si se tratara de una regla proveniente de un órgano legislativo, en estos casos la única forma de resolver este margen de indeterminación parece ser reinterpretando el enunciado que expresa la norma. Es decir, atribuir a la decisión jurisdiccional un nuevo sentido más preciso (reinterpretación en concreto) que haga que al texto decir que, en realidad, la norma aplicada es una norma no vaga.

5.2.2. Multiplicidad de precedentes

El segundo problema que se encuentra en la aplicación del precedente es la multiplicidad de aquellos. Como bien se encargaron de reflejar varios realistas estadounidenses (Hermann OLIPHANt y Jerome FRANK, entre otros) (OLIPHANT, 1928; FRANK, 1970: 163 y ss.) el problema no se encuentra únicamente en la determinación de qué norma ha aplicado un tribunal sino que, además, en muchas ocasiones sucede que diferentes tribunales, o incluso el mismo tribunal, han decidido casos parecidos de maneras diferentes incompatibles con base en el mismo precedente[66].

Es posible imaginar dos formas sobre cómo resolver las antinomias entre diferentes precedentes.

5.2.2.1. El primer método para resolver sus posibles antinomias sería realizando un juicio de mayor relevancia, esto es, estableciendo a cuál de los dos precedentes aplicables se parece en mayor medida el caso a decidir. Desde este primer punto de vista,

[66] Es importante señalar que, para identificar una antinomia entre precedentes, previamente debe haberse identificado las respectivas *ratio decidendi*. Por tanto, y del mismo modo que cuando nos encontramos con una antinomia entre normas de origen legislativo, es preciso llevar a cabo la interpretación de las decisiones jurisdiccionales que expresan dichas normas.

en ausencia de otras razones que determinen el sentido de la decisión, se consideran las razones subyacentes de cada precedente, y se determina cuál de ellos tiene mayor peso. Tal forma de resolver la antinomia entre precedentes convierte a ambos en casos paradigmáticos y tiene el inconveniente de que, salvo que suscribamos alguna suerte de objetivismo moral, la decisión acerca de cuál de los dos precedentes debe prevalecer parece ser dejado a las preferencias prácticas del órgano jurisdiccional.

5.2.2.2. La segunda forma en la que se podrían intentar resolver las antinomias entre precedentes es aplicando los criterios para la resolución de antinomias entre normas en general. Sin embargo, a este respecto es necesario realizar cuatro acotaciones.

La primera de ellas es que su aplicabilidad es puramente contingente, esto es, aquella dependerá de si hay una norma en el respectivo ordenamiento que lo permita.

En segundo lugar, si bien los métodos para la resolución de antinomias suelen ser presentados como aproblemáticos, lo cierto es que aquellos chocan y no siempre está claro cuál es el que debe prevalecer como, por ejemplo, en el caso de los choques entre temporalidad y especialidad (MORESO y VILAJOSANA, 2004: 106 y ss.).

En tercer lugar, no está claro que, al menos, el criterio jerárquico sea directamente aplicable a la resolución de antinomias entre precedentes. Ello por dos razones: por un lado, porque hay precedentes que vinculan las decisiones de órganos jurisdiccionales superiores respecto de inferiores[67]; por el otro, porque hay casos en los que resulta imposible establecer cuál de dos tribunales es el superior puesto que no pertenecen a la misma estructura institucional[68].

La última acotación importante sobre la aplicación de los criterios para la resolución de antinomias en relación con los choques entre precedentes, es que tales criterios no contemplan dos elementos que suelen ser considerados fundamentales a la hora de resolver los conflictos entre precedentes: por un lado, la reiteración o número de veces en las que el precedente ha sido empleado y, por el otro, la antigüedad del mismo. Sin embargo, además de ser bastante vagos, no está claro cómo interactuarían estos con el resto de criterios.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

Además de por aquellos motivos estructurales que se han mencionado, existen buenas razones para tener una regla del precedente. La regla del *stare decisis* parecería

[67] Me refiero al así llamado precedente vertical ascendente. Un ejemplo de aquel sería la consulta vinculante de la Agencia tributaria española hacia los Tribunales económico-administrativos. Sobre la noción de precedente vertical ascendente, *vid.* CHIASSONI, 2004: 100.

[68] Me refiero al caso del precedente internacional y al precedente oblicuo. Por precedente internacional no me refiero solo a los precedentes que surgen de decisiones de tribunales internacionales sino también de precedentes de tribunales extranjeros. En este sentido, basta con pensar en la relevancia que tienen algunos órganos jurisdiccionales de manera transnacional, como la Corte Suprema estadounidense o el Tribunal Constitucional alemán. Con «precedente oblicuo» me refiero a aquellos casos en los que las decisiones de un órgano jurisdiccional tienen valor de precedente sobre las decisiones de otros órganos jurisdiccionales nacionales pero que no forman parte de un mismo cuadro orgánico. Por ejemplo, el papel que cumplen las decisiones del Consejo de Estado español hacia los tribunales de justicia.

ser reflejo de algunos de los más importantes ideales que vinculamos con el derecho. Entre ellos, por mencionar solo los más importantes, estarían la igualdad, la seguridad jurídica, la eficiencia, la limitación de la discrecionalidad judicial y el estado de derecho.

Mejor dicho: antes que el reflejo de tales ideales, de manera no metáforica sería más conveniente decir que se trata de un instrumento, un medio, a través del cual tratamos de satisfacer tales valores, ideales o principios. En este sentido, un análisis racional de las virtudes y defectos de la regla del precedente no puede no ser un análisis de carácter técnico, es decir, un análisis basado en la capacidad real de tal instrumento para dar satisfacción a dichos ideales. Este creo que es el único sentido en el que es posible preguntarse sobre la conveniencia de adoptar tal regla.

Mis conclusiones no son, en este sentido, de rechazo a la regla del *stare decisis*. Se ha mostrado con claridad que seguir el precedente es cualquier cosa menos una actividad mecánica. Por el contrario, implica múltiples decisiones basadas en última instancia en consideraciones de carácter no técnico o no descriptivo. En este sentido, es importante señalar que si lo que se pretende es reducir la discrecionalidad judicial al mínimo, la regla del precedente no es precisamente un óptimo como mecanismo. Antes bien, en lugar de eliminar la discrecionalidad judicial, lo que hace es transformarla, convirtiendo tal discrecionalidad en un amplio margen de apreciación acerca de la propia regla del *stare decisis* y de la conveniencia o no de seguir la misma *ratio decidendi*.

No se trata únicamente de que vuelva a entrar por la ventana aquello (la discrecionalidad) que había salido por la puerta. Si bien la regla del *stare decisis* reduce globalmente la discrecionalidad judicial, lo cierto es que, además, la transforma. En un ordenamiento sin tal regla, el ejercicio de discrecionalidad pasará probablemente por la interpretación de los enunciados normativos y por la invocación de principios. En un sistema con regla del precedente, por el contrario, aunque globalmente disminuya, la discrecionalidad tiende a ejercerse en más sedes y de diferente manera: en la interpretación de las sentencias, en la inducción de la *ratio decidendi*, en la comparación de casos paradigmáticos, etcétera.

Tal vez sería bueno preguntarse si deseamos que la discrecionalidad sea ejercida en cada uno de los ámbitos de nueva discrecionalidad que abre la regla del *stare decisis* o si, por el contrario, no será mejor que la discrecionalidad judicial esté circunscrita a la apreciación directa del caso. Dicho de otro modo: si, en lugar de dar el espacio para que los jueces ejerzan discrecionalidad en cuestiones aparentemente técnicas (la determinación de la *ratio decidendi* o su aplicabilidad), no sería mejor que tal discrecionalidad fuera ejercida directamente en relación con la justicia del caso concreto. Pero esa es una cuestión que no es posible abordar aquí.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, D., 2002: «El precedente judicial en la cultura jurídica chilena», en *Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.*

BERNAL PULIDO, C., 2008: «El precedente judicial en Colombia», en *Revista Derecho del Estado*, 21.

BRAVO-HURTADO, P., 2013: «Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho», en *Revista Chilena de Derecho*, 40, 2.

CARACCIOLO, R., 1988: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Editorial del *BOE*.

CHIASSONI, P., 2004: «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto», en *Analisi e Diritto.*

— 2012: «¿Son vinculantes los precedentes judiciales civiles?», en *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá: U. del Externado de Colombia.

COHEN, F., 1960: «The Problems of a Functional Jusrisprudence», en *The Legal Conscience*, New Haven: Yale University Press.

CROSS, R., y HARRIS, J., 2012: *El precedente en el Derecho inglés*, Madrid: Marcial Pons.

DÌEZ SASTRE, S., 2008: *El precedente administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

DUXBURY, N., 2008: *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press.

FRANK, J., 1953: «Some Tame Reflections on Some Wild Facts», en S. RATNER. (ed.), *Vision and Action. Essays in Honor of Horace M. Kallen on his 70th Birthday,* New Brunswick: Rutgers University Press.

— 1970: *Law and the Modern Mind*, Gloucester: Peter Smith.

GASCÓN, M., 1993: *La técnica del precedente y la argumentación racional,* Madrid: Tecnos.

GOODHART, A., 1930: «Determining the Ratio Decidendi of a Case», en *The Yale Law Journal*, 40, 2.

GUASTINI, R., 2014: *Interpretar y argumentar*, Madrid: CEPC.

IGARTUA, J., 2006: «La fuerza vinculante del precedente judicial», en *Isegoría*, 35.

ITURRALDE, V., 2014: «Precedente judicial», en *Eunomía,* 6, disponible online en *http://eunomia.tirant.com/?p=1523* (13 de junio de 2014).

LAPORTA, F., 1997: «Vindicación del precedente judicial en España», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1.

— 2009: «La fuerza vinculante del precedente y la lógica del precedente», en V. FERRERES y J. XIOL, *La vinculatoriedad del precedente*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo de Madrid.

LARSEN, A., 2013: «Factual Precedents», Faculty Publications, 1667, disponible *online* en *http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1667* (13 de junio de 2014).

LEGARRE, S., y RIVERA, J., 2006: «Naturaleza y dimensiones del "stare decisis"», en *Revista Chilena de Derecho*, 33, 1.

LLEWELYN, K., 1950: «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed», en *Vanderbilt Law Review*, 395, 3.

— 2008: *The Bramble Bush*, Oxford University Press.

LUPO, N. (ed.), 2014: «Il precedente parlamentare tra Diritto e politica», Il Mulino.

MACCORMICK, N., y SUMMERS, R. S. (eds.), 1997: *Interpreting precedents. A Comparative Study*, Ashgate: Aldershot.

MARINONI, L., 2012: «El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica», en *Ius et Praxis*, 1.

MARSHALL, J., 1993: «Trentatre cose che si possono fare con i precedenti», en *Ragion Pratica*, 6.

MONTROSE, J., 1956: «Reasoning, Ratio Decidendi and Denning L. J.», en *Modern Law Review,* 19, 5.

MORAL SORIANO, L., 2002: *El precedente judicial*, Madrid: Marcial Pons.

MORESO, J., y VILAJOSANA, J., 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

NÚÑEZ VAQUERO, A., 2013: «Ciencia jurídica realista: modelos y justificación», en *Doxa*, 35.

OLIPHANT, H., 1928: «A return to stare decisis», en *American Bar Association Journal*, 14, 71.

OROZCO MUÑOZ, M., 2011: *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante,* Madrid, Aranzadi.

POSNER, R., 2011: *Cómo deciden los jueces*, Madrid: Marcial Pons.

PRIETO SANCHÍS, L., 1991: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9.

RADIN, M., 1946: «The Trial of the Calf», en *Cornell Law Quaterly*, 137.

RAZ, J., 1985: *La autoridad del derecho*, México, UNAM.

RODRÍGUEZ, J., y BAYÓN, J., 2003: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas,* Bogotá: U. del Esternado.

RUIZ MIGUEL, A., 1997: «Equality before the Law and Precedent», en *Ratio Juris,* 10, 4.

SCHAUER, F., 1986-1987: «Precedent», en *Stanford Law Review*, 39.

— 2007: «Why Precedent in Law (and Elsewhere) is not Totally (or Even Substantially) About Analogy», en *Harvard University*, Faculty Research Working Papers Series.

— 2013: *Pensar como un abogado*, Madrid: Marcial Pons.

SHINNER, R., 2014: «Ratio Decidendi», en *IVR Encyclopedie*, disponible *online: http://ivr-enc.info/index.php?title=Ratio_Decidendi* (20 de agosto de 2014).

XIOL, J., 2006: «Notas sobre la jurisprudencia», en V. FERRERES y J. XIOL, *El carácter vinculante de la jurisprudencia.*

STONE, J., 1959: «The Ratio of a Ratio Decidenci», en *Modern Law Review*, 22, 6.

TROPER, M., 1996: «La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto», en *Ragion Pratica*, 6.

VELUZZI, V., 2011: «Analogia giuridica, *common law*, precedente giudiziale», en V. VELUZZI y L. PELLICCIOLI (eds.), *L'analogia nel diritto*, Pisa, ETS.

WALDRON, J., 2012: «Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach», en *Michigan Law Review*, 111.

WROBLEWSKI, J., 2008: «Concepto y función del precedente en sistemas de *Statutory Law*», en *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara.

ZORZETTO, S., 2010: *La norma speciale: una nozione ingannevole*, Pisa, ETS.

¿QUÉ PUEDEN APORTAR LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA AL DEBATE ENTRE HART Y DWORKIN?*

Lorena Ramírez Ludeña

Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN. Tras reconstruir los elementos que considero centrales de las nuevas teorías de la referencia, según las cuales los individuos no tienen que asociar los términos con descripciones que les sean transparentes y que determinen la referencia, en este trabajo sostengo que, aunque generalmente se las asocia con concepciones no positivistas acerca del derecho, resultan también compatibles con el positivismo de corte *hartiano* y, de hecho, de utilidad en su disputa con Dworkin por lo que respecta a los desacuerdos jurídicos.

Palabras clave: Dworkin, positivismo jurídico, nuevas teorías de la referencia, interpretación jurídica, desacuerdos teóricos.

What Can Contribute New Reference Theories to the Debate Between Hart and Dworkin?

ABSTRACT. After reconstructing what I consider to be the core elements of new theories of reference, according to which individuals do not need to associate words to transparent descriptions that determine their reference, in this paper I defend that, although they are generally associated with non-positivist conceptions of law, new theories of reference are also compatible with *hartian* positivism and they are, in fact, useful in the dispute with Dworkin regarding legal disagreements.

Keywords: Dworkin, legal positivism, new theories of reference, legal interpretation, theoretical disagreements.

* Fecha de recepción: 29 de abril de 2015. Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2015.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.09

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 157-184

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas teorías de la referencia no han sido objeto de gran atención en el ámbito jurídico. Estas teorías defienden que los individuos no tienen que asociar los términos con descripciones que les sean transparentes y que determinen la referencia. Los prejuicios asociados con ellas, así como una bien asentada concepción convencionalista acerca del derecho, han dificultado que su incidencia haya sido mayor[1]. Entre los teóricos del derecho, con frecuencia no están del todo claros cuáles son los rasgos centrales de estas teorías. Además, se las suele asociar a posiciones fuertemente esencialistas y por ello se las entiende como incompatibles con la naturaleza institucional del derecho. Finalmente, se las tiende a vincular con teorías no positivistas acerca del derecho. Ello es explicable en la medida en que los (pocos) autores que han sostenido las nuevas teorías de la referencia en el derecho han adherido a teorías abiertamente no positivistas, defendiendo versiones robustas de los principales elementos de las nuevas teorías, especialmente por lo que respecta a sus compromisos metafísicos. Y, en el marco de sus teorías acerca del derecho, autores como BRINK, MOORE o STAVROPOULOS han añadido a tales consideraciones otras muchas asunciones que pueden ser desvinculadas de las tesis centrales de las nuevas teorías la referencia[2].

La asociación de estas teorías con posiciones no positivistas se ha puesto también de manifiesto en el debate en torno a Ronald DWORKIN. Así, algunos han sostenido que este autor debe comprometerse con las nuevas teorías de la referencia si quiere dar sentido a su noción de *desacuerdos teóricos*. De este modo, se ha señalado que la crítica de DWORKIN a las concepciones semánticas[3] viene dada por su rechazo de los conceptos criteriológicos que él atribuye al positivismo, pero que sí podría y debería adoptar las nuevas teorías de la referencia[4].

Tras presentar los principales rasgos de las nuevas teorías de la referencia, en este trabajo trataré de mostrar cómo los argumentos ofrecidos por el propio DWORKIN[5] para diferenciar los conceptos interpretativos, que él suscribe para ámbitos como el derecho, de los conceptos de clase natural no son concluyentes. Por ello, conforme a sus afirmaciones, no puede sostenerse de manera tajante que las nuevas teorías son incompatibles con su posición. Sin embargo, el propósito central del trabajo no es hacer una exégesis de la posición de DWORKIN, ni mostrar la compatibilidad de su posición con las nuevas teorías de la referencia, sino sostener una tesis mucho más controvertida: que son compatibles con el positivismo jurídico de corte *hartiano*. En este sentido, en la última parte del trabajo defenderé la compatibilidad de dichas teorías con las principales tesis positivistas, al entender que su relevancia depende de cómo se desarrollen contingentemente nuestras prácticas de identificación e interpretación. Además, argumentaré que este constituye un modo adecuado de reconstruir solo *algunos* términos del derecho. Ello se opone a otra asunción habitual en el ámbito jurídico:

---

[1] Acerca del carácter convencional del derecho, *vid.* MARMOR, 2009, y VILAJOSANA, 2010.
[2] *Vid.* BRINK, 1988; MOORE, 1985, y STAVROPOULOS, 1996.
[3] DWORKIN, 1986: 31-37.
[4] *Vid.*, por ejemplo, RODRÍGUEZ-BLANCO, 2001.
[5] DWORKIN, 2006: 19 y ss.; 2011: 158 y ss.

si una concepción semántica (convencionalista, interpretativa, etc.) es adecuada, lo es para todos los términos del derecho.

2. RECONSTRUCCIÓN DE LOS ELEMENTOS CENTRALES DE LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA

Entre los partidarios de las nuevas teorías de la referencia encontramos que los diversos autores enfatizan diferentes aspectos, por lo que es comprensible que no resulte claro cuáles son sus rasgos característicos. Con el propósito de defender su incidencia en la interpretación jurídica, expondré los elementos que considero fundamentales. Esto me permitirá mostrar en el próximo apartado que los argumentos de DWORKIN contra la relevancia de los conceptos de clase natural en el derecho no son concluyentes. Como veremos, frecuentemente se asocia a las nuevas teorías de la referencia con rasgos discutibles que en realidad son marginales. Por otro lado, en ocasiones son sus propios partidarios quienes se han comprometido con rasgos que no me parecen centrales y que las tornan problemáticas. Por ello, ofreceré una *reconstrucción* de las nuevas teorías de la referencia, más que una descripción de las diversas opiniones de los autores que han desarrollado esta corriente. Así, pretendo enfatizar algunos rasgos de los usualmente señalados y descartar otros, de modo que las nuevas teorías de la referencia se conviertan en una alternativa plausible a las concepciones tradicionales[6].

Si tenemos en cuenta los trabajos de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, la tesis que comparten es fundamentalmente negativa[7]. Según la concepción tradicional, los individuos son capaces de referirse a los objetos *porque* cuentan con información acerca de ellos, que determina a qué se refieren. En cambio, los defensores de las nuevas teorías de la referencia han señalado que los sujetos son capaces de referirse a los objetos incluso cuando carecen de esa información. Dicho de otro modo, niegan lo que el modelo tradicional afirma: que los sujetos asocian los términos con ciertas descripciones que determinan aquello a lo que se refieren. Asimismo, conforme con el modelo tradicional, los individuos son competentes en el uso del lenguaje en la medida en que vinculan los términos con ciertas descripciones que determinan la referencia. Los partidarios de las nuevas teorías, en cambio, no requieren de descripciones que identifiquen el objeto para considerar al sujeto competente y, en todo caso, aquella información que sí consideran relevante a efectos de la competencia no determina aquello a lo que nos referimos[8].

---

[6] Para una reconstrucción más extendida, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2014b.

[7] Tomaré como autores principales a efectos de reconstruir los aspectos básicos de las nuevas teorías de la referencia a DONNELLAN (1970), KRIPKE (1980) y PUTNAM (1975). Los dos primeros se centraron fundamentalmente en los nombres propios, y PUTNAM en los términos de clase natural.

[8] Los argumentos de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia para alcanzar estas conclusiones enfatizan, a partir de ejemplos, que frecuentemente los hablantes competentes en el uso de los términos cuentan con información escasa y equivocada de los objetos a los que, no obstante, son capaces de referirse. Por esta razón, las descripciones no pueden determinar la referencia. Acerca de estas cuestiones, *vid.* DONNELLAN, 1970: 347 y ss. Se considera que FREGE (1998a y 1998b) y RUSSELL (1905 y 1910-1911) son los dos autores más representativos de la concepción tradicional. No obstante, esta es una cuestión que puede fácilmente controvertirse si tomamos en cuenta sus escritos. Por otro lado, frente a posiciones que se centran en los sujetos individualmente considerados, hay versiones de la concepción tradicional que asumen una posición socializada

Más allá de este núcleo básico de acuerdo, los posicionamientos de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia difieren en gran medida. Así, algunos autores han elaborado concepciones acerca de cómo se determina la *concreta referencia* de un término, distinguiendo entre su fijación y su transmisión. KRIPKE, de modo paradigmático, ha destacado la relevancia de consideraciones histórico-causales. De acuerdo con su posición, nuestro uso depende de usos anteriores que, en última instancia, se remontan a un acto de bautismo inicial en que el nombre queda vinculado con el objeto. Además, tener la intención de usar el término con la misma referencia que aquel de quien se lo adquirió resulta fundamental. Pensemos en un nombre propio como «Aristóteles». Soy capaz de referirme a Aristóteles puesto que he aprendido a usar el término de otro sujeto, que a su vez lo aprendió de otro sujeto, lo que en última instancia se remonta a individuos que estuvieron en contacto directo con Aristóteles. Pero además, debo tener la intención de referirme a ese mismo individuo, lo que no ocurriría si quisiera ponerle el nombre «Aristóteles» a mi perro[9].

También se ha destacado, con respecto a nuestro uso de determinados términos, la *contribución del mundo* al significado y la referencia. En este sentido, imaginemos a dos personas molecularmente idénticas, Oscar 1 y Oscar 2, que habitan planetas idénticos, la Tierra y la Tierra Gemela (respectivamente), con una excepción: la sustancia llamada «agua» en la Tierra Gemela no tiene la composición H_2O, sino XYZ. Como en lo restante los planetas son idénticos, Oscar 1 y Oscar 2 asocian con el término «agua» las mismas descripciones (líquido transparente, insípido, etcétera). Sin embargo, en el caso de Oscar 1 «agua» refiere a H_2O y en el de Oscar 2 a XYZ. Entonces, aunque no haya nada en los estados mentales de Oscar 1 y Oscar 2, ninguna descripción que puedan especificar, que seleccione H_2O en lugar de XYZ, parece que «agua» dicho por Oscar 1 es H_2O y es en cambio XYZ dicho por Oscar 2. Según PUTNAM, estos experimentos mentales dejan constancia de que las diferencias en los entornos suponen diferencias en las respectivas referencias de los términos, desempeñando así un papel decisivo a la hora de especificar el significado y la referencia en cada uno de los casos[10].

Precisamente por entender que los elementos anteriores son fundamentales, se recurre frecuentemente a las denominaciones «teoría causal de la referencia» o «teorías de la referencia directa» para hablar de estas posiciones, pero creo que ello puede conducir a importantes equívocos.

---

y se centran en cúmulos de descripciones que se asocian con los términos a nivel de toda la comunidad. En este sentido, SEARLE (1958) sostiene que el referente es el objeto que satisface un número suficiente (aunque impreciso) de información descriptiva conectada socialmente con el nombre. En todo caso, aquí no me interesa exponer la posición de determinados autores, sino adoptar como punto de partida la concepción a la que se oponen las nuevas teorías de la referencia, concepción que además resulta intuitiva con carácter general puesto que proporciona una sencilla explicación de qué conexión existe entre nuestros términos y los objetos a los que nos referimos, y que puede dar cuenta de cómo aprendemos y enseñamos a usar los términos: mediante descripciones.

[9] Sobre estas cuestiones, *vid.* la segunda conferencia de «*Naming and Necessity*» en KRIPKE, 1980.

[10] PUTNAM, 1975: 223 y ss. Un partidario del modelo tradicional podría también entender que el modo en que es el mundo tiene un impacto en nuestro uso de los términos. Sin embargo, en tales casos debería además reconocer que ha habido un cambio en el significado y la referencia, lo que sería claramente rechazado por los defensores de las nuevas teorías de la referencia. Por ejemplo, de acuerdo con el modelo tradicional se podría admitir que el descubrimiento de la composición química del agua tiene un impacto en el significado del término «agua», pero se asumiría al mismo tiempo que se ha producido entonces un cambio en el significado del término, fruto de la indagación empírica y de la teorización.

Con respecto a la *relación causal*, considero que es suficiente exigir que en la comunidad se haya consolidado un determinado uso en relación con el objeto, sin que sea necesario un acto formal de bautismo en el que se produzcan inicialmente ciertos vínculos causales. Y, si bien la existencia de un vínculo con otros miembros de la comunidad permite explicar cómo es que somos capaces de referirnos a objetos distantes en el tiempo y en el espacio, requerir que haya una relación de causalidad es excesivo. Lo relevante es ser parte de la cadena histórica que nos remonta al referente, con la intención de usar el nombre para referirnos a lo mismo que aquel del que lo adquirimos, prescindiendo de analizar el fenómeno de la transmisión de la referencia a partir de las cadenas *causales* de comunicación[11].

En lo que hace a la *referencia directa* a los objetos, generalmente se ha señalado que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia defienden que los nombres propios y los términos de clase natural se diferencian de las descripciones puesto que *son designadores rígidos cuya contribución a las condiciones de verdad de los enunciados en que aparecen es el objeto al que refieren directamente.* Pero no resulta entonces claro si el aspecto determinante de las nuevas teorías de la referencia es o bien la designación rígida, que apunta a que los términos refieren al mismo objeto en todo mundo posible, o bien el hecho de que los términos contribuyen con el objeto a las condiciones de verdad de las oraciones en las que aparecen, o algún otro modo de entender la referencia directa. Dado que los partidarios del modelo tradicional también pueden defender que hay nombres y descripciones rígidas[12], y que estos contribuyen con el objeto a las condiciones de verdad de los enunciados de que forman parte[13], no puede afirmarse que lo característico de las nuevas teorías de la referencia sean esos dos elementos. En cuanto a la referencia directa, ya hemos visto cuál es la tesis (negativa básica) de quienes defienden las nuevas teorías. No obstante, ellos no niegan que ciertas descripciones (entre otros elementos) puedan ser relevantes en la fijación y transmisión de la referencia, ni a efectos de ser competente en el uso de los términos[14]. Entonces, el argumento central, de acuerdo con lo que aquí se sostiene, es la referencia directa entendida como el rechazo de la exigencia de que medien descripciones identificadoras de los objetos, y no qué tipo de contribución hacen a las condiciones de verdad o la designación rígida. Pero resulta del todo natural que alguien que sostenga la referencia directa de algunos términos entienda que la contribución de esos términos a las condiciones de verdad de las oraciones es el propio objeto y, además, si reflexiona sobre otras situaciones posibles *a la* KRIPKE, afirme que son designadores rígidos.

Otros autores han puesto el énfasis en la relevancia de los expertos en el uso de los términos. Es el caso de PUTNAM, quien entiende que la división del trabajo lingüístico se basa en la división del trabajo no-lingüístico, y la presupone. En este sentido, necesitamos, por ejemplo, poder distinguir el oro genuino de cosas que solo se le parecen

---

[11] Además, los partidarios del modelo tradicional también podrían considerar relevante la existencia de ciertos vínculos causales entre los diversos sujetos, y entre los sujetos y los objetos, por lo que difícilmente puedan ser considerados característicos de las nuevas teorías de la referencia. Sobre las confusiones a que puede conducir el considerar crucial el elemento causal, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2014a.

[12] Es el caso de la descripción «el sucesor del número ocho». Acerca de la desvinculación entre referencia directa y rigidez, *vid.* MARTÍ, 2003.

[13] Sobre la diferencia entre referencia directa y contribución a las condiciones de verdad, *vid.* MARTÍ, 1995.

[14] Para un análisis más detallado de estas cuestiones, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2014b.

externamente, pero no se precisa que todos aquellos para los que la distinción es importante puedan distinguirlos. Y ello supone también una división del trabajo lingüístico: todo aquel para quien el oro es importante tiene que adquirir la palabra, pero no el método para reconocer si algo es o no oro. Puede fiarse de una subclase de hablantes y es la comunidad lingüística considerada como un cuerpo colectivo la que cuenta con la información necesaria para que cada uno de los hablantes que la componen emplee los términos, pese a que estos no puedan precisar descripciones identificadoras[15]. Sin embargo, vincular las nuevas teorías de la referencia con la deferencia a los expertos puede también conducir a equívocos. Y ello no solo porque la existencia de deferencia a los expertos podría ser suscrita por los partidarios de la concepción tradicional[16], sino además porque los defensores de las nuevas teorías de la referencia no sostienen que todos los términos dependan de los expertos.

Finalmente, uno de los elementos más controvertidos de la posición de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia es su esencialismo. Expondré primero, brevemente, por qué creo que se produce el prejuicio antiesencialista por parte de algunos filósofos analíticos. A continuación, trataré de precisar en qué sentido considero que las nuevas teorías de la referencia asumen posiciones esencialistas. Sostendré entonces que no tienen que comprometerse con una forma implausible de esencialismo.

Con frecuencia, especialmente durante la primera mitad del siglo XX, los filósofos analíticos han asumido que la única necesidad admisible es la conceptual[17]. Así, se ha entendido que una proposición es contingente si su verdad o falsedad depende de cómo es el mundo, y necesaria si depende de nuestros conceptos y la relación entre ellos. Las proposiciones contingentes pueden conocerse *a posteriori*, y las necesarias *a priori*. La propuesta de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia se enfrenta radicalmente a la posición clásica. De hecho, KRIPKE y sus seguidores han rechazado la vinculación entre lo necesario y lo *a priori* y han sostenido que hay verdades necesarias *a posteriori* y verdades contingentes *a priori*.

El modo de entender la necesidad por parte de algunos filósofos analíticos ha tenido además un fuerte impacto por lo que respecta a la forma de reflexionar acerca de otros mundos posibles y las esencias. Desde su punto de vista, la necesidad, ligada a nuestras decisiones conceptuales arbitrarias, determina la reflexión acerca de otras situaciones posibles. De esta manera, si hemos optado porque «agua» signifique *sustancia incolora, inodora e insípida que quita la sed*, no existe mundo posible en que el agua no sea precisamente esa sustancia, puesto que en eso consiste ser agua. Y ello determina también la cuestión de las esencias (en aquellos casos en que admiten el discurso acerca de ellas): es esencial al agua ser una sustancia incolora, inodora e insípida que quita la sed, precisamente por nuestra decisión lingüística. El resto de características, no integradas en nuestra definición, son accesorias[18].

---

[15] PUTNAM, 1975: 227 y ss.

[16] Con una matización: si bien para los partidarios de las nuevas teorías de la referencia la deferencia en los expertos no es constitutiva, en el sentido de que ellos también podrían equivocarse, esto no es así en caso de que un defensor del modelo tradicional incorpore el elemento de la deferencia. Para este último, lo que el experto sostenga constituirá el significado y determinará la referencia del término.

[17] Sobre estas cuestiones, *vid.* PÉREZ OTERO, 2006: 21 y ss.

[18] *Ibid.,* 87 y ss.

En cambio, asumir que no requerimos de descripciones que determinan la referencia de nuestras palabras permite la recuperación del debate esencialista. Así, puesto que la cuestión de las descripciones relevantes no queda fijada de antemano, sino que depende de la indagación empírica y de la teorización, tiene sentido plantearnos qué podría haber ocurrido en otras situaciones, lo que da cabida a la reflexión sobre las propiedades esenciales tomando en cuenta lo que habría acontecido en otros mundos posibles[19].

Ello explica entonces la revitalización del debate acerca del esencialismo, al evitar el prejuicio derivado de la asunción del modelo tradicional. No obstante, por sí misma, la concepción semántica de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia no puede fundamentar una cuestión metafísica como es la de si existen o no las esencias. Lo que sí sostienen es que la práctica tiene asunciones esencialistas y que tiene sentido que así sea porque nuestro lenguaje no pone trabas para ello[20].

Pero, si se entiende que nos referimos a los objetos conforme a lo señalado por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, ¿cómo cabe entender que ello ocurre específicamente en el caso de determinados términos de clase? ¿Qué tipo de compromiso esencialista asumimos al emplear esos términos? Veámoslo a partir del ejemplo del oro. Introducimos un término (en este caso, «oro») para referirnos a una sustancia como el oro, y lo hacemos en relación con instancias de la clase sin la necesidad de que medien descripciones que determinen la referencia. Y al plantearnos situaciones contrafácticas hablamos precisamente de esa sustancia, y no de objetos que satisfacen ciertas descripciones. La determinación del rasgo fundamental que determina la aplicación correcta del término «oro» requiere de investigación empírica y de teorización, orientadas a concretar cuál es la propiedad que condiciona la pertenencia a la clase. Y, en este caso, confiamos en los expertos para que identifiquen cuál es esa propiedad, que determina si algo es o no oro en cualquier situación posible: si descubrimos un lugar distante a la Tierra donde hay algo superficialmente parecido al oro pero con un número atómico distinto, no diríamos que allí tienen oro. Si el oro *es* la sustancia cuyo número atómico es 79, nada cuenta como oro si no tiene el número atómico 79[21].

---

[19] Cabe añadir que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia no tienen que adoptar una determinada concepción metafísicamente comprometida acerca de los mundos posibles, sino que pueden entender que los mundos posibles representan meramente posibilidades, modos en que las cosas podrían ser. En cambio, algunos de los defensores de la posición tradicional parecen adoptar lo que se denomina una «concepción telescópica» acerca de los mundos posibles, es decir, entienden que se trata de un mundo similar al nuestro que puede observarse mediante el uso de un telescopio. En tal planteamiento, algo será agua si es cualitativamente idéntico a nuestra agua. La vinculación entre la visión telescópica de los mundos posibles, que requiere de criterios de identidad entre mundos, y la concepción tradicional acerca de la relación entre nombres propios y descripciones que he descrito es solo contingente. Se trata de una mera generalización, útil sin embargo para comprender por qué tradicionalmente se ha rechazado que podamos reflexionar acerca de las propiedades de los objetos. Defendiendo la existencia de una vinculación entre la visión telescópica y la concepción tradicional similar a la expuesta, *ibid.,* 125 y ss.

[20] Y, si bien es cierto que los propios partidarios de las nuevas teorías de la referencia, KRIPKE de modo paradigmático, han defendido también argumentos de tipo metafísico, esos argumentos pueden distinguirse, como así hago en este trabajo, de los argumentos centrales relativos a su posición semántica.

[21] Dejo aquí de lado determinadas elementos controvertidos, como es si nos referimos a entidades abstractas o a los diversos objetos con los que nos relacionamos, o la distinción entre esencias y propiedades esenciales, así como los diversos modos de entender qué son las propiedades esenciales. Sobre estas cuestiones, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2014b.

En todo caso, hablar de propiedades esenciales no nos compromete con un único modo de vincular nuestros términos con el mundo, o con la inmutabilidad de los objetos a los que hacemos referencia. De hecho, las cosas podrían haber sido de otro modo en múltiples sentidos que expondré a continuación, lo que cobrará especial importancia en los próximos apartados de este trabajo.

Por un lado, *nosotros podríamos ser de otro modo*. Podríamos ser individuos con capacidades para observar cosas que ahora no observamos, en cuyo caso podríamos haber fijado la referencia de los términos de clase a partir de otras instancias distintas. De hecho, si imaginamos que somos capaces de apreciar con facilidad el número de neutrones de los objetos, probablemente hubiéramos clasificado inicialmente los objetos de manera distinta a como lo hacemos actualmente. Aun así, ser H_2O podría continuar siendo lo relevante si es lo que nos parece que tiene mayor capacidad explicativa y predictiva. Además, nuestros intereses y otras consideraciones contingentes tienen una relevancia crucial: ser H_2O es determinante por el auge que ha tenido un determinado sector científico en un momento dado.

Además, *nuestro lenguaje podría ser distinto*, es decir, podríamos haber llamado a las cosas de otro modo. No obstante, es importante advertir que cuando describimos una situación contrafáctica usamos nuestro idioma con nuestros significados y nuestras referencias, aun cuando sea parte de la descripción de esa situación que hablamos otro idioma, o que hemos etiquetado las cosas de un modo distinto. Así, puedo afirmar que Aristóteles podría no haberse llamado «Aristóteles» de manera no problemática[22]. Asimismo, cuando describimos lo que podría acontecer en la Tierra Gemela, podemos afirmar que emplean el mismo término para algo distinto. En tal caso, dado nuestro uso del término «agua» y de cómo es de hecho nuestro mundo, nada es agua si no es H_2O, incluso aunque se le llame del mismo modo.

Nada impide tampoco que *cambiemos nuestro uso* de las palabras y que empleemos términos que antes usábamos con respecto a un objeto o clase para algo distinto. En estos casos, la referencia del término habría sido modificada, y emplearíamos el mismo término para algo distinto. Esto puede pasar de manera deliberada o no, como ocurrió en el caso Madagascar. Se dice que «Madagascar» refería inicialmente a una parte del continente africano y no a la isla, pero que acabó refiriendo a la isla como consecuencia de una confusión de los exploradores. Este podría ser un caso problemático para las nuevas teorías de la referencia porque hay una relación causal entre los diversos hablantes, que trataron de preservar la referencia de aquellos de los que aprendieron el nombre, pero hay además un error sistemático. ¿Por qué no refieren nuestros usos actuales del término «Madagascar» a la parte del continente a la que hacía referencia inicialmente el término, en lugar de referir a la isla[23]? Autores como DEVITT han introducido la noción de *anclaje múltiple* para dar respuesta a este tipo de situaciones, lo que nos permite hablar en estos casos de un cambio en la referencia cuando se consolida un nuevo uso del mismo término para un objeto distinto. Según DEVITT, lo relevante es que se crea una red en relación con el objeto y el uso del término por parte de los hablantes, red en la que puede haber modificaciones si se producen nuevos vínculos

[22] KRIPKE, 1980: 79.
[23] La crítica fue inicialmente planteada por EVANS, 1973.

causales. Los defensores de las nuevas teorías de la referencia podrían dar cuenta, por tanto, de los cambios de referencia. Ello puede suponer, evidentemente, que haya un lapso de tiempo en que determinados usos refieran al continente, y otros a la isla, o en que la referencia esté indeterminada[24].

Como ocurrió en el caso del jade, *el mundo podría ser de otro modo,* en el sentido de que podríamos haber descubierto que las diferentes instancias no tenían una misma estructura profunda. Así, no me comprometeré con que solo hay un modo en que las cosas pueden ser. Esto es, aquello que llamamos «agua» en la Tierra podría haber resultado ser tanto H_2O como XYZ. A efectos de identificar las propiedades esenciales es fundamental tener en cuenta cómo se ha desarrollado la historia del uso del término y cómo es de hecho el mundo, porque eso determina qué elementos van a ser importantes y cuáles van a ser nuestros compromisos con respecto a otras situaciones posibles. En la Tierra podría haber habido H_2O y XYZ (dos variedades, como de hecho pasó con el jade), y podríamos haber reconocido entonces dos clases de agua. Sin embargo, dado cómo usamos el término y qué es de hecho el agua, nada cuenta como agua si no es H_2O. Ello es precisamente lo que plasman los experimentos mentales de la Tierra Gemela. Y, si hubiésemos descubierto diferencias microscópicas importantes en los ejemplares y otras diferencias de apariencia, probablemente hubiéramos concluido que los objetos en cuestión no constituían una clase. Nuestras reacciones en estos supuestos pueden depender de múltiples factores, por ejemplo, de si tenemos otros términos que empleamos para cosas similares.

Por otro lado*, nosotros podríamos descubrir que de hecho el mundo es de un modo distinto de como creíamos que era*. Es decir, podemos hacer descubrimientos que nos lleven a rechazar como parte de una clase cosas que creíamos incluidas. Como las propiedades esenciales pueden trascendernos, es evidente que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia aceptan esta posibilidad. Se trata solo de dificultades epistémicas para determinar las extensiones correctas de nuestros términos.

Existe otro sentido en que parece intuitivo pensar que las cosas podrían haber sido de otro modo, y que también se vincula con consideraciones de tipo epistémico. Así, en cierto modo nos parece que el vínculo entre agua y H_2O es contingente, que las cosas podrían ser de otro modo, porque nos imaginamos en una situación epistémica similar a la que nos hallamos frente al agua, y en la que acabamos descubriendo que eso que cae del cielo, que está en los ríos, que nos quita la sed, es XYZ. Pero solo tenemos, diría KRIPKE, la *ilusión de que el vínculo es contingente*: dado que el agua es H_2O, nada es agua si no es H_2O[25].

Tampoco va en detrimento de las nuevas teorías de la referencia el hecho de que el mundo *pueda cambiar*: podrían alterarse las propiedades de las cosas e incluso desaparecer los diferentes objetos. Pero si todas las partículas de H_2O mutaran a XYZ, ¿diríamos que ya no hay agua o que el agua es ahora XYZ? Aunque se trata de una cuestión profundamente controvertida, puede sostenerse que los partidarios de las nuevas teorías no tienen que comprometerse con una respuesta al respecto porque su

[24] Sobre estas cuestiones, *vid.* DEVITT, 1981, y DEVITT y STERELNY, 1999: 76.
[25] *Vid.* KRIPKE, 1980: 102 y ss.

argumento central es que, dada la historia del uso del término y cómo son de hecho las cosas, el agua es H_2O. Qué pasaría en esas otras circunstancias (si se produce el cambio de H_2O a XYZ) parece depender de muchos y complejos factores[26].

Entonces, en un sentido relevante la referencia de nuestros términos depende de cómo se ha desarrollado la historia del uso del término, y de nuestros descubrimientos y teorización. Conferir esa incidencia a nuestras prácticas tendrá, como veremos en el último apartado, una importancia fundamental a efectos de poder sostener la compatibilidad de las nuevas teorías de la referencia con concepciones positivistas acerca del derecho, puesto que estas últimas enfatizan la relevancia de nuestras prácticas de identificación e interpretación contingentes.

Un aspecto a destacar de las nuevas teorías de la referencia es que tomarlas en consideración permite dar cuenta de los desacuerdos. Si las descripciones que los individuos asocian con los términos no determinan la referencia, estos pueden estar discutiendo acerca de lo mismo pese a tener concepciones diferentes del objeto al que no obstante refieren. Ello permite además dar cuenta de los progresivos cambios en las concepciones (entre diferentes sujetos, o con respecto a un mismo sujeto con el transcurso del tiempo). Como veremos, estos aspectos adquirirán una relevancia fundamental en el debate entre HART y DWORKIN.

3. DWORKIN Y LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA

En su análisis del fenómeno jurídico, DWORKIN destaca el carácter interpretativo de la práctica. Esto es, entiende que los juristas discuten habitualmente acerca de lo que el derecho requiere y defienden sus posiciones ofreciendo razones[27]. Concretamente, de acuerdo con DWORKIN la argumentación jurídica tiene un carácter creativo y constructivo. Por un lado, y del mismo modo que ocurre, por ejemplo, en el caso del arte, el derecho supone un ejercicio de interpretación creativa, en el cual se pretende interpretar algo creado por los individuos como una entidad distinta de ellos. En este sentido, determinar en qué consiste la práctica y qué requiere es algo diferente de determinar qué creen sus participantes. El razonamiento jurídico es además un ejercicio de interpretación constructiva, lo que significa que el derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas consideradas como un todo. La interpretación constructiva supone adscribir un propósito a un objeto o práctica para hacerlo el mejor ejemplo posible del tipo o género al que pertenece. Conforme a lo señalado por DWORKIN, atribuimos un propósito a la práctica a la luz del cual se determinan sus exigencias. Sin embargo, no todo tiene cabida, puesto que la historia o la manera en que la práctica u objeto se ha desarrollado restringe las interpretaciones disponi-

[26] Admitir la posibilidad de que se produzcan esos cambios exige entender de un determinado modo las propiedades esenciales. Habría que asumir que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia se comprometen con la existencia de rasgos esenciales que condicionan la pertenencia a la clase, pero no conque la clase cuente con esa propiedad necesariamente, ni que los objetos pertenezcan necesariamente a la clase en cuestión. De este modo, podrían mantener su posición al mismo tiempo que sostienen que el agua podría pasar a ser XYZ, o que determinados *elementos* dejaran de ser agua.

[27] Según DWORKIN (1986: 13), cada actor entiende que lo que el derecho establece depende de la verdad de ciertas proposiciones que solo tienen sentido en el marco de la práctica.

bles[28]. En este sentido, el mejor propósito es el que muestra la práctica bajo su mejor luz, equilibrando el respeto por la historia de la práctica y su justificación. En particular, el propósito del derecho es, según DWORKIN, el ejercicio justificado de la coerción estatal, tomando en consideración los derechos y responsabilidades de los individuos que derivan de las decisiones políticas del pasado[29].

Los desacuerdos que, de acuerdo con DWORKIN, dejan constancia del carácter argumentativo del derecho no se limitan a disputas generales acerca de si la moral constituye o no un criterio de validez jurídica, o al rol desempeñado por los principios en el razonamiento jurídico, sino que se ponen generalmente de manifiesto cuando se discute lo que establece el derecho en un sistema jurídico particular invocando diferentes modos de entender las disposiciones.

DWORKIN critica el positivismo de corte *hartiano* por no dar cuenta de la naturaleza interpretativa del derecho y no poder dar cabida a los desacuerdos jurídicos. Pero, ¿por qué el positivismo no puede ofrecer una reconstrucción adecuada de tales supuestos? Conforme a lo señalado por DWORKIN, el problema es que para los positivistas el derecho es una cuestión de hechos históricos en relación, por ejemplo, a lo que el legislador o los tribunales han decidido en el pasado[30]. Es decir, la verdad de las proposiciones jurídicas —de las afirmaciones con respecto a lo que un sistema jurídico establece para un determinado supuesto— depende de ciertos hechos históricos que constituyen los fundamentos (*grounds*) del derecho[31]. Esos hechos, y no otros, son relevantes, de acuerdo con el positivismo, porque existe entre los *officials* del sistema jurídico en cuestión la convención de considerarlos los fundamentos del derecho. Entonces, según DWORKIN, el positivismo podría dar cuenta de los desacuerdos empíricos, sobre si se han producido ciertos hechos en el pasado, pero no podría reconocer controversias acerca de qué elementos son jurídicamente relevantes. Así, no pueden ofrecer una caracterización adecuada de los llamados «desacuerdos teóricos», sobre los fundamentos del derecho, y deben entender que en realidad se trata de desacuerdos acerca de cómo debe ser el derecho[32].

De acuerdo con DWORKIN, en ocasiones se niega la posibilidad de que existan desacuerdos teóricos porque se suscriben teorías *semánticas* acerca del derecho. Las teorías semánticas sostienen que el significado de las palabras depende de criterios compartidos. En el caso del derecho, esto supone asumir que los juristas usan los mismos

---

[28] DWORKIN, 1986: 45 y ss. DWORKIN (1986: 66 y ss.) distingue tres estadios, que no suelen diferenciarse claramente en la práctica: el pre-interpretativo, el interpretativo y el post-interpretativo. Acerca de las etapas de la interpretación constructiva, *vid.* IGLESIAS, 1999: 142-145.

[29] DWORKIN, 1986: 93. Aunque no me detendré en ello, DWORKIN (1986: 176 y ss.) defiende, tras analizar el convencionalismo y el pragmatismo, el derecho como integridad. *Vid.* IGLESIAS, 1999: 148 y ss.

[30] DWORKIN, 1986: 7 y ss.

[31] En mi reconstrucción, emplearé el término «fundamentos» en lugar de, por ejemplo, «criterios de identificación» o «fuentes», precisamente porque, como trataré de mostrar, los desacuerdos destacados por DWORKIN versan sobre cuestiones diversas: en ocasiones, sobre los criterios, otras acerca de las fuentes, a veces sobre cuestiones interpretativas, etcétera.

[32] Los desacuerdos teóricos suponen diferentes reconstrucciones sobre lo que determina la verdad de las proposiciones jurídicas. Los desacuerdos empíricos, en cambio, asumen un acuerdo sobre los elementos determinantes, pero cuestionan si estos se han instanciado. En opinión de STAVROPOULOS (1996: 125), los desacuerdos teóricos o sustantivos son acerca de si algo es X, lo que desemboca en diferentes perspectivas respecto de cuándo algo es X.

criterios al decidir si las proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas. Así, conforme a la reconstrucción *dworkiniana* del positivismo, el propio significado de la palabra «derecho» hace que el derecho dependa de criterios compartidos y que el acuerdo en los fundamentos del derecho sea determinante[33]. Este es el conocido argumento del *aguijón semántico*, que es introducido para explicar por qué los positivistas requieren que los criterios que empleamos para determinar cuándo las proposiciones jurídicas son verdaderas se establezcan por consenso[34]. Volveré sobre la cuestión del aguijón semántico en el próximo apartado de este trabajo.

En trabajos posteriores, DWORKIN varía la argumentación anterior, distinguiendo diferentes tipos de conceptos (criteriológicos, de clase natural, e interpretativos) y atribuyendo al positivismo la tesis según la cual el concepto de derecho es criteriológico. Es decir, el énfasis no es ahora que el positivismo asume una concepción semántica sino que, de entre las posibilidades conceptuales disponibles, opta por la criteriológica, lo que no le permite dar cuenta de los desacuerdos jurídicos. A efectos de diferenciar esos conceptos, DWORKIN se plantea qué supuestos y prácticas deben ser compartidos por los individuos para que podamos afirmar que comparten lo que denomina «el concepto doctrinal de derecho», relativo a las concretas exigencias de los sistemas jurídicos particulares[35].

DWORKIN señala que, en el caso de los conceptos criteriológicos, los individuos los comparten solo cuando se ponen de acuerdo en una definición que establece los criterios para la correcta aplicación del término en cuestión. Desarrollar una teoría de este tipo de concepto significa proponer una definición más precisa para algún propósito concreto, pero sería un error sostener que la definición más precisa captura mejor que el resto la esencia del concepto. En cuanto a los conceptos de clase natural, los individuos comparten conceptos cuyas instancias tienen una estructura física o biológica, aunque no estén de acuerdo en la naturaleza esencial de los ejemplos o en los criterios que utilizan para identificar tales ejemplos. En estos casos, la ciencia puede afirmar que ha descubierto una esencia auténtica, lo que no tendría sentido en el caso de los conceptos criteriológicos. Finalmente, los conceptos interpretativos nos animan a reflexionar y cuestionar aquello que exige alguna práctica que hemos construido. Los individuos comparten estos conceptos pese a los desacuerdos profundos sobre los criterios y las instancias. Y, apunta DWORKIN, si los otros tipos de conceptos se ven inmersos en prácticas interpretativas generalmente terminan operando de modo interpretativo.

De acuerdo con DWORKIN, la práctica lingüística convergente determina la correcta aplicación tanto de los conceptos criteriológicos como de los naturales, aunque de modo distinto. Quienes comparten un concepto criteriológico pueden desacordar y equivocarse sobre si los criterios de aplicación se dan en un caso concreto. Quienes comparten un concepto de clase natural pueden equivocarse de un modo más fundamental: pueden equivocarse sobre la naturaleza esencial de las propiedades de los

[33] DWORKIN, 1986: 31-37.

[34] *Ibid.,* 33. Aunque DWORKIN señala en su trabajo que el positivismo ha sido picado por el aguijón semántico, generalmente se utiliza la expresión para apuntar a la propia crítica de DWORKIN.

[35] DWORKIN, 2006: 19 y ss. Sobre los distintos tipos de conceptos y las diferencias entre ellos, *vid.* GREEN, 2003.

conceptos y también sobre instancias. No obstante, identificar esos errores presupone que subyace una práctica convergente que vincula el concepto a alguna clase natural en concreto. En el caso de los conceptos interpretativos, estos también requieren que las personas compartan una práctica, en el sentido de que deben coincidir en tratar el concepto como interpretativo, pero esto no quiere decir que tengan que converger en la aplicación del concepto. Una teoría útil de un concepto interpretativo no puede limitarse a informar de los criterios que la gente usa para identificar instancias ni a indagar sobre la estructura profunda de lo que comúnmente se acuerda que son instancias, sino que debe ser ella misma una interpretación, que muy probablemente será controvertida, de la práctica en la que figura ese concepto.

Especificando las cuestiones anteriores, DWORKIN sostiene años después que compartimos un concepto interpretativo cuando nuestro comportamiento colectivo al usar ese concepto se explica de un mejor modo si consideramos que su correcto uso depende de la mejor justificación del rol que desempeña para nosotros[36]. En el caso de los conceptos criteriológicos, compartimos el concepto solo en la medida en que usamos los mismos criterios para identificar las instancias. Entonces, los desacuerdos no tienen sentido porque serían disputas verbales, aunque DWORKIN reconoce que los conceptos criteriológicos son vagos y, aunque los individuos acuerden sobre los criterios para su aplicación, pueden desacordar sobre casos que son marginales. Finalmente, las clases naturales tienen una identidad fija en la naturaleza, una esencia, y estos conceptos son compartidos cuando se los usa para referir a la misma clase natural, aunque no usen los mismos criterios para identificar las instancias. En ambos casos (conceptos criteriológicos y de clase natural) los individuos no comparten los conceptos a no ser que acepten que hay un test decisivo, un procedimiento de decisión, para decidir cuándo aplicar el concepto (salvo en casos que se consideren marginales). En cambio, en el caso de los interpretativos, los compartimos manifestando una comprensión de que su aplicación correcta se fija por la mejor interpretación de las prácticas en que figuran. Además, añade DWORKIN, en el caso de los conceptos de clase natural hay acuerdo en los paradigmas, pero no es así en los interpretativos.

Me centraré ahora específicamente en el contraste entre los conceptos de clase natural y los interpretativos. De acuerdo con lo que acabo de exponer, DWORKIN presenta una versión diferente de los conceptos de clase natural a la expuesta al comienzo de este trabajo en relación con las nuevas teorías de la referencia. De hecho, entendidos de ese modo esos conceptos son cuestionables y difícilmente pueden ser considerados en el ámbito de la interpretación jurídica. Sin embargo, y atendiendo a lo señalado en el apartado anterior, considero que estas teorías pueden ser entendidas de un modo más plausible, puesto que no se comprometen con la existencia de una esencia inmutable, confiriendo un rol central al modo en que se desarrollan nuestras prácticas. En este sentido, argumentaré que las apreciaciones de DWORKIN contra los conceptos de clase natural se basan en la asunción de una versión cuestionable de ellos y, siguiendo a STAVROPOULOS[37], que lo que suscribe con respecto a los conceptos interpretativos no

[36] DWORKIN, 2011: 158 y ss.
[37] STAVROPOULOS, 1996: 160 y ss.

se halla significativamente alejado de lo que he señalado acerca de las nuevas teorías de la referencia al comienzo de este trabajo.

Hemos visto que DWORKIN señala que los desacuerdos no requieren de la existencia de criterios comunes, sino que es suficiente con que los individuos compartan una caracterización abstracta de la práctica que tratan de interpretar y algunos paradigmas, aunque estos no son infalibles[38]. Pues bien, según STAVROPOULOS, ambos elementos resultan acordes con las principales tesis de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia. Así, de acuerdo con STAVROPOULOS, tanto en la reconstrucción de DWORKIN como en la de los defensores de las nuevas teorías de la referencia, los términos pretenden seleccionar conceptos, sea cual sea su contenido. Su determinación depende de consideraciones sustantivas y está limitada por los paradigmas y por las caracterizaciones abstractas de la práctica de aplicación relevante que, no obstante, pueden variar con el tiempo.

La compatibilidad entre DWORKIN y los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, e incluso la necesidad de que DWORKIN asuma dichas teorías para dar sentido a su posición, ha sido abordada por diversos autores, aunque de un modo distinto al que aquí se seguirá. Frecuentemente, se ha señalado que los argumentos de DWORKIN contra las concepciones arquimedianas son insuficientes, y que él mismo asume una posición externa a las propias prácticas en su análisis[39]. Asimismo, se ha enfatizado que no sostener una concepción realista metafísica más robusta lo conduce a no poder dar sentido a la noción de *desacuerdos teóricos*, central en su teoría, y a caer inexorablemente del lado convencionalista[40].

DWORKIN rechaza que haya restricciones externas a los sujetos que interpretan, aunque asume que puede haber restricciones objetivas a los juicios. De acuerdo con su posición, solo contamos con el discurso interno, en el marco del cual no hay diferencias entre afirmar que las montañas existen o que realmente existen. Defender la objetividad externa como criterio de corrección presupone que tenemos acceso al mundo, lo que según DWORKIN no tiene sentido porque no podemos salir de nuestros esquemas conceptuales. Y, en todo caso, la consecuencia de rechazar que podamos acceder a la realidad directamente no es que las creencias constituyen el mundo y por tanto que todo vale, sino que hay interpretaciones objetivamente mejores que otras[41].

Entonces, dado que suele entenderse que las nuevas teorías de la referencia asumen la distinción entre nuestras creencias y lo real, resulta frecuente defender la incompatibilidad entre las nuevas teorías de la referencia y DWORKIN. No obstante, se ha señalado que DWORKIN debe asumir compromisos metafísicos más fuertes, cercanos a los de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, si no quiere encontrarse con los mismos problemas que él denuncia con respecto a los desacuerdos, puesto que

---

[38] DWORKIN, 1986: 31 y ss. DWORKIN reitera que un concepto como el de derecho no requiere de acuerdo subyacente o convergencia en los criterios ni en las instancias de uso en 2006: 244 y ss.

[39] DWORKIN llama «arquimedianas» a aquellas concepciones que pretenden llevar a cabo su análisis desde el exterior de la práctica que constituye su objeto de estudio. Acerca de los problemas de la concepción arquimediana de DWORKIN, *vid.* LEITER, 2001.

[40] En este sentido, *vid.* MOORE, 1987: 247 y ss., MORESO, 1997: 205, y 1999: 303 y ss., RAZ, 2001, y RODRÍGUEZ-BLANCO, 2001.

[41] DWORKIN, 1986, 1996 y 2011.

de no hacerlo lo determinante sería en todo caso las creencias de los individuos que discuten.

En contraste con lo anterior, en este trabajo he rechazado que, conforme a los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, haya solo un modo correcto de clasificar el mundo, y he enfatizado la relevancia de la historia del uso del término y de nuestros intereses. En muchos sentidos relevantes, las cosas podrían haber sido de otro modo, sin la necesidad de asumir compromisos metafísicos específicos, sino meramente semánticos[42]. Los partidarios de las nuevas teorías de la referencia reconstruyen el modo en el que usamos determinados términos, sin que tengamos que suscribir que los objetos a los que nos referimos *realmente* existen y pueden ser conocidos con independencia de nuestros esquemas conceptuales. Pero aquí no intentaré mostrar ni la necesidad de que DWORKIN asuma las nuevas teorías de la referencia, ni la compatibilidad de estas con toda su obra, lo que requeriría de un análisis más exhaustivo. Me limitaré en cambio a analizar los argumentos presentados por el propio DWORKIN para contrastar su posición con la de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, a partir de lo que señala sobre los conceptos de clase natural. Si, como defenderé, sus argumentos no son definitivos y puede entenderse que son compatibles con su posición, su noción de desacuerdos está a salvo. Ello parece especialmente claro si tomamos en cuenta que las nuevas teorías de la referencia surgieron, precisamente, para dar sentido a desacuerdos como los señalados por DWORKIN, y difícilmente puede controvertirse su carácter explicativo con respecto a ellos. Además, su concepción resultará más adecuada en la medida en que no requerirá de la introducción de un tipo de concepto específico (los conceptos interpretativos), sino meramente de la consideración de las nuevas teorías de la referencia, que gozan de una amplia aceptación con respecto a numerosos términos en el ámbito de la filosofía del lenguaje.

Hemos visto que DWORKIN concede un lugar principal en su reconstrucción al concepto doctrinal de derecho, que se ocupa de la pregunta relativa a qué prevé un sistema jurídico específico acerca de una cuestión determinada[43]. Según DWORKIN, los individuos desarrollan una actitud interpretativa con respecto a muchas de sus prácticas, entre las que se encuentra el derecho, lo que significa que entienden que la práctica en cuestión tiene un valor y que sus exigencias no se agotan en criterios compartidos, sino que dependen de argumentos que tratan de mostrar la práctica en su mejor luz.

---

[42] Asumiendo una versión robusta de las nuevas teorías de la referencia, IGLESIAS (1999: 133) defiende que la posición de DWORKIN se distingue de la de las nuevas teorías puesto que DWORKIN sostiene que la referencia es un objeto o estado de cosas interpretativo, el producto de la mejor teoría acerca de cómo es el mundo, y no un hecho bruto. De este modo, IGLESIAS considera que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia están comprometidos con la existencia de hechos brutos, y al mismo tiempo ignora la relevancia de la teorización. Contra dichas asunciones, *vid.* el segundo apartado de este trabajo. Es importante advertir que, al tratarse de consideraciones de tipo semántico, las nuevas teorías de la referencia podrían tener cabida incluso si fuera el caso de que la realidad es construida en un sentido relevante por nuestras creencias. El punto central es la dirección de ajuste (de nosotros al mundo), así como las asunciones de los sujetos al referirse a los objetos (aunque nuestros intereses y otras consideraciones importan, empleamos los términos de modo que *no todo vale*).

[43] Menos trascendencia tiene en cambio el concepto sociológico, en virtud del cual usamos el término «derecho» para designar un tipo concreto de estructura social de carácter institucional. Aunque muchos autores han estudiado este concepto, según DWORKIN no existe una naturaleza esencial del derecho, y es suficiente en este ámbito con un concepto rudimentario. DWORKIN (2006: 14 y ss.) hace referencia además al concepto taxonómico, acerca del tipo de estándares que forman parte del derecho, y el aspiracional, sobre el ideal de la legalidad.

Para que ello sea posible, los individuos deben compartir un lenguaje, entender el mundo de modo similar, y tener intereses y convicciones suficientemente parecidas. En términos *wittgensteinianos*, DWORKIN sostiene que los individuos que argumentan en el marco de las prácticas en que se ha desarrollado una actitud interpretativa comparten una forma de vida[44].

DWORKIN niega que haya, en prácticas como la cortesía o el derecho, rasgos definitorios compartidos por las diferentes instancias, y cuya negación supondría que el individuo se está autocontradiciendo. Como he señalado, sí comparten, de acuerdo con su reconstrucción, una caracterización abstracta de la práctica y ciertos paradigmas. Es evidente que las prácticas van sufriendo cambios, y que consideremos o no que estas han variado depende de muchos factores. Incluso, que el aspecto central, el concepto a partir del cual se desarrollan las diversas concepciones, cambie, no determina que nos hallemos ante una práctica distinta, sino que se trata de elementos de las prácticas que son también interpretativos[45]. Además, DWORKIN destaca el papel de los paradigmas, que son ejemplos de los que debe dar cuenta cualquier interpretación plausible. Su incidencia se plasma en el hecho de que argumentar en contra de una interpretación consistirá a menudo en mostrar que no reconstruye adecuadamente un paradigma. Aun así, los paradigmas también pueden ser desafiados, siendo esta también una cuestión interpretativa[46].

De acuerdo con DWORKIN, los conceptos de clase natural y los interpretativos comparten las siguientes propiedades: son reales, puesto que su existencia y sus rasgos no dependen de la invención, creencia o decisión de nadie; y tienen una estructura profunda que explica el resto de sus características. La diferencia entre ambos, señala DWORKIN, es que la estructura profunda de las clases naturales es física y la de los valores políticos es normativa. Podemos entender que ambas empresas son conceptuales, aunque la tarea con los valores es normativa y comprometida[47]. Así, señala DWORKIN, «[N]o podemos de forma sensata mantener que el análisis filosófico de un valor es conceptual, neutral y no comprometido. Pero sí podemos defender de forma razonable que es normativo, comprometido y conceptual»[48]. Además, en el caso del derecho, en que nos hallamos ante conceptos con una dimensión institucional, asumir que hay conceptos de clase natural resultaría problemático porque, tras recoger los diferentes casos en que hemos hecho referencia, por ejemplo, a la democracia, no contamos con ningún mecanismo para determinar cuáles son sus rasgos esenciales. En palabras de DWORKIN, «todavía necesitaríamos una explicación de qué es lo que hace que un rasgo de un diseño social o político sea esencial para su carácter de democracia y que otro rasgo sea solo contingente»[49].

Vimos que en escritos posteriores DWORKIN ha retomado la cuestión, aunque con algunas variantes[50]. Según DWORKIN, tanto con respecto a los conceptos criteriológicos

---

[44] DWORKIN, 1986: 45 y ss.
[45] *Ibid.,* 69 y ss.
[46] Acerca de estos dos aspectos, DWORKIN, 2011: 160 y ss.
[47] DWORKIN, 2006: 173 y 174.
[48] *Ibid.,* 174.
[49] *Ibid.,* 171.
[50] DWORKIN, 2011: 157 y ss.

como a los de clase natural hay un test decisivo para decidir cuándo aplicar el concepto. El desacuerdo genuino sobre la aplicación se termina entonces cuando acordamos en los hechos pertinentes. Además, DWORKIN precisa que el hecho de que un concepto sea de uno u otro tipo es en sí mismo una cuestión interpretativa. En relación con lo anterior, sostiene que los conceptos pueden variar y un concepto de clase natural pasar a ser interpretativo si, por ejemplo, los científicos empiezan a dudar sobre si el ADN es determinante a efectos de considerar que un animal es un tigre. Y añade que los términos morales no se ajustan a la reconstrucción de las clases naturales porque estas últimas requieren acuerdo sobre los objetos que caen bajo el concepto.

Entonces, los argumentos centrales que, según el propio DWORKIN, lo diferencian de las nuevas teorías de la referencia, son los siguientes: *a)* Los conceptos de clase natural, a diferencia de los interpretativos, requieren de una práctica convergente que determine su correcta aplicación; en el caso de los conceptos interpretativos, los individuos deben simplemente coincidir en tratar el concepto como interpretativo; en cambio, tanto con respecto a los conceptos criteriológicos como a los de clase natural hay un test definitivo para decidir cuándo aplicar el concepto, por lo que el desacuerdo genuino sobre la aplicación se termina cuando acordamos en los hechos pertinentes. Y añade que los términos morales no se ajustan a la reconstrucción de las clases naturales porque estas requieren acuerdo sobre los objetos que caen bajo el concepto. *b)* Las nuevas teorías de la referencia no tendrían aplicación en el derecho porque no contamos con ningún mecanismo para determinar cuáles son sus rasgos esenciales: como he señalado anteriormente, «todavía necesitaríamos una explicación de qué es lo que hace que un rasgo de un diseño social o político sea esencial para su carácter de democracia y que otro rasgo sea solo contingente». *c)* La estructura profunda de las clases naturales es física y la de los valores políticos es normativa.

Contra lo señalado por DWORKIN cabe destacar, en primer lugar, que los conceptos de clase natural no requieren de un mayor grado de consenso que los conceptos interpretativos: como señalé en el primer apartado, no se requiere acuerdo ni en los objetos que caen bajo el ámbito de aplicación del término, ni acerca del test que determina las aplicaciones correctas. Y, como en el caso del jade, podríamos descubrir que en realidad agrupábamos diversas variedades con propiedades esenciales diversas, o que ni siquiera tiene sentido hablar de propiedades esenciales. Lo que sí se requiere es que, de la misma forma que los conceptos interpretativos, los individuos traten los términos de un determinado modo. Con respecto a la distinta naturaleza esencial de dichos conceptos, y las dificultades señaladas por DWORKIN para considerar los conceptos de clase natural en el derecho, resulta fundamental atender a los argumentos esgrimidos por STAVROPOULOS con la finalidad de establecer un paralelismo entre ambos tipos de conceptos. Las diferencias entre ambos, aunque existentes, no socavarían el potencial explicativo de las nuevas teorías de la referencia, ya que aportan elementos para una articulación más clara de la posición de DWORKIN.

STAVROPOULOS ha sostenido que los conceptos interpretativos son evaluativos y profundos[51]. Son evaluativos, en tanto que nombran valores y su aplicación correcta depende de cuál es el valor, lo que a su vez depende de una teoría acerca del valor que

[51] STAVROPOULOS, 1996: 160 y ss.

justifique por qué los ejemplos sirven o violan el valor en cuestión, y cómo el valor se vincula con otros. Y son profundos puesto que su aplicación no depende de lo que creamos sino de lo que de hecho sea esencial. Lo esencial no depende de la reflexión *a priori* sobre el concepto, sino de cuál es la propiedad que explica, en algunos casos, y en otros justifica, las propiedades superficiales de la extensión del término, que sirven a quienes lo emplean para identificar los objetos a los que el concepto se aplica. Ello permite dar cuenta de la posibilidad de error colectivo. Que un concepto tenga o no tal complejidad depende de la propia práctica, pero determinar si es así puede requerir de investigación filosófica, lo que incluye servirse de experimentos mentales. En el caso de los conceptos de clase natural, consideramos que nombran una clase y que su correcta aplicación depende de su naturaleza. La aplicación correcta del concepto dependerá entonces de la mejor teoría sobre la naturaleza de la clase, que explicará rasgos más superficiales y con respecto a la cual cabe error colectivo. De manera similar, aplicamos el término «derecho» tomando como guía ciertas propiedades superficiales. Ciertos valores políticos justifican que el derecho tenga tales propiedades. La diferencia estriba, de acuerdo con STAVROPOULOS, en que, si bien en el caso del agua identificar el rasgo esencial requiere de investigación empírica, en el derecho tendremos que indagar sobre verdades morales necesarias. En este caso, la relación es justificatoria puesto que, a diferencia de los rasgos superficiales del agua, que forman parte de relaciones causales, en el derecho las propiedades superficiales figuran en relaciones normativas. Por ejemplo, aceptamos que la historia institucional de nuestro sistema jurídico genera obligaciones. Tratamos ciertos hechos (por ejemplo, que el Parlamento ha promulgado una nueva ley tributaria) como base para justificar un deber (debo pagar un impuesto), y parece entonces plausible considerar que hay una propiedad profunda de esos hechos que fundamenta su poder normativo.

Así, tomando en cuenta lo señalado por STAVROPOULOS y lo expuesto en el apartado anterior, la posición interpretativa de DWORKIN no parece incompatible con las asunciones de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia o, cuanto menos, sus argumentos no son concluyentes. La cuestión es entonces si tomar en consideración las nuevas teorías de la referencia en el derecho requiere de la asunción de la posición de DWORKIN o de otras concepciones no positivistas. Abordaré esa cuestión en el próximo apartado.

4. LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA Y EL POSITIVISMO DE CORTE HARTIANO

Ya he señalado que la compatibilidad de DWORKIN con las nuevas teorías de la referencia, e incluso la necesidad de su asunción, son tesis que han sido defendidas con anterioridad, aunque de modos diferentes al que aquí he seguido. En este apartado intentaré sostener una tesis mucho más controvertida y original: trataré de mostrar que la consideración de las nuevas teorías de la referencia en el ámbito jurídico no requiere comprometerse con una concepción interpretativa como la de DWORKIN, o con una concepción no-positivista con carácter general. Para ello, diferenciaré las discusiones relativas al concepto de derecho, de las discusiones sobre los criterios de validez jurídica y su interpretación. Asimismo, sostendré que el positivismo no asume que el dere-

cho opere de acuerdo con un esquema criteriológico, y defenderé que las tesis positivistas básicas son compatibles con entender que las nuevas teorías de la referencia son relevantes para reconstruir la interpretación de determinados términos en el derecho.

Como hemos visto, en un primer momento DWORKIN destaca que el positivismo no puede ofrecer una caracterización adecuada de los desacuerdos porque defiende una teoría semántica conforme a la cual los individuos comparten criterios para la aplicación del término «derecho», o, lo que considera lo mismo, criterios para decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera. Esto supone que los sujetos coinciden, si son competentes en el uso del término, en cuáles son los fundamentos del derecho. Cuestionarlos carecería de sentido puesto que conllevaría cuestionar los propios criterios de aplicación del término. Entonces, si el propio significado de la palabra «derecho» hace que el derecho dependa de criterios compartidos, el positivismo estaría comprometido con asumir que las discusiones sobre los fundamentos del derecho constituyen disputas meramente verbales. Las controversias en este ámbito carecerían de sentido porque los sujetos estarían empleando el mismo término con distintos significados, sin que exista por tanto un desacuerdo genuino[52].

Si atendemos a los trabajos de HART, la crítica de DWORKIN genera cierta perplejidad: HART no pretende proporcionar una definición de «derecho», sino un análisis del concepto de derecho[53], y manifiesta expresamente su rechazo de semánticas que vinculan los términos con condiciones necesarias y suficientes[54]. Y, aunque sostuvo que en la base de todo sistema jurídico existe una regla de reconocimiento que especifica los criterios para la identificación del derecho, aclaró de manera expresa que no es parte del significado del término «derecho» que tal regla esté presente en todos los sistemas[55].

La crítica de DWORKIN puede ser cuestionada a partir, fundamentalmente, de dos grupos de argumentos: *a)* en su reconstrucción, DWORKIN asocia el modelo positivista *hartiano* con un modelo semántico criteriológico, pero no hay elementos en la obra del propio HART que nos conduzcan a tal conclusión y, lo que es más importante, hay modelos alternativos más plausibles que el que DWORKIN atribuye al positivismo, y compatibles con el mismo; *b)* con independencia de que se sostenga o no el modelo criteriológico, puede cuestionarse la vinculación entre la posición semántica —en sentido estricto, la posición metasemántica[56]— con respecto al término «derecho» y los criterios para determinar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas. Precisamen-

---

[52] La cuestión no es solo que en las disputas los términos deben emplearse con el mismo significado para que estas tengan sentido, sino que además, si las condiciones de aplicación determinan el objeto de controversia, los sujetos estarían discutiendo acerca de *cosas* distintas. DWORKIN (1986: 37 y ss.) considera que el positivismo se halla en una encrucijada: o sostiene que los desacuerdos recaen sobre casos marginales de aplicación del término, en cuyo caso deberían comprometerse con que carecen de relevancia, o bien que recaen sobre aspectos centrales, y entonces las controversias son solo aparentes porque los sujetos emplean el mismo término con distintos significados.

[53] HART, 1994: 81. En este mismo sentido, *vid.* SHAPIRO, 2011: capítulo 1.

[54] HART, 1994: 15. En realidad, sorprendentemente DWORKIN no afirma que el positivismo busque proporcionar una definición del término, sino que es mejor reconstruirlo como una teoría acerca del término «derecho», puesto que es lo que más sentido da a su posición.

[55] HART, 1994: 246. Sobre estas cuestiones, *vid.* ENDICOTT, 2001: 39 y ss.

[56] Esto es, el debate con relación a si el positivismo se adhiere o no el modelo criteriológico es un debate metasemántico, acerca de cómo se determina el contenido semántico de los términos y expresiones, que se halla en un nivel distinto de las posiciones específicas con respecto a cuál es el significado del término «derecho».

te por ello, puede haber desacuerdo acerca de una de las cuestiones sin que lo haya en relación con la otra. Ambas cuestiones son evidentemente muy problemáticas[57].

Consideremos, en cambio, que los positivistas tratan de capturar los aspectos centrales de la práctica jurídica y que generalmente lo hacen sirviéndose del análisis del *concepto* de derecho. Bajo una lectura más plausible de la crítica de DWORKIN, así como más acorde a sus escritos ulteriores, esta denunciaría que los positivistas entienden que los sujetos comparten el concepto que ellos tratan de dilucidar, y que compartir un concepto, en el caso de los conceptos criteriológicos, requiere compartir los criterios de aplicación del mismo, lo que en el caso del derecho conllevaría la necesidad de convergencia con respecto a los fundamentos del derecho de los sistemas jurídicos particulares. Esto supone atribuir al positivismo tres tesis muy problemáticas: *a)* su análisis conceptual se basa en la identificación de los criterios de aplicación del concepto que comparten los sujetos; *b)* los sujetos no pueden discutir acerca de los criterios que comparten, y *c)* los criterios de aplicación del concepto de derecho son los criterios que emplean los juristas para determinar el valor de verdad de las proposiciones relativas a sistemas particulares. Aunque pueda resultar controvertido en sus detalles, el análisis conceptual que llevan a cabo los positivistas no se basa en la elucidación de los criterios compartidos en relación con el concepto de derecho. Si fuera así, su labor no sería muy distinta de la del análisis lingüístico. Los positivistas tratan de iluminar los aspectos centrales del fenómeno jurídico, tomando en cuenta verdades evidentes relativas al derecho y elaborando teorías que les den cabida en una suerte de equilibrio reflexivo[58]. Asimismo, puede defenderse que una buena explicación del concepto no tiene que comprometerse con establecer condiciones necesarias y suficientes para su aplicación, sino que supone frecuentemente destacar aspectos que no son distintivos del fenómeno, condiciones que son derrotables, y exige también ofrecer una reconstrucción adecuada de su vínculo con otros conceptos, etc.[59]. Además, aun asumiendo la relevancia de los criterios compartidos, resulta plausible que los sujetos discutan acerca de ellos si tomamos en consideración aspectos como el carácter opaco y no individualista de dichos criterios[60]. De hecho, es frecuente afirmar que un sujeto ha adquirido un concepto, a pesar de que tenga un conocimiento muy deficiente acerca de sus criterios de aplicación. Finalmente, resulta cuanto menos extraño defender que los criterios compartidos relativos al concepto son los criterios que determinan el valor de verdad de las proposiciones de sistemas jurídicos particulares. Prueba de ello es que dos sujetos de dos sistemas distintos pueden emplear distintos criterios con respecto a las proposiciones de su sistema, aunque pueda afirmarse que comparten los criterios de aplicación del concepto. Y, aunque podamos afirmar que un sujeto ha adquirido el concepto de derecho, es posible y frecuente que no conozca los criterios que determinan el valor de verdad de las proposiciones en su sistema jurídico[61].

La crítica anterior no representa, por tanto, un problema para el positivista. Este no extrae sus conclusiones sobre la relevancia de la convergencia de su adopción de

[57] Para una crítica detallada, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2012.
[58] En este sentido, *vid.* SHAPIRO, 2011: 13 y ss.
[59] RAZ, 2001: 6 y ss.
[60] Así lo ha señalado RAZ, 2001: 14 y ss.
[61] Sobre estas últimas cuestiones, *vid.* HIMMA, 2002: 161 y ss.

una determinada semántica o tipo de concepto. En esta medida, no tiene que entenderse que suscribe que el concepto de derecho es criteriológico. Pese a ello, la convergencia en los criterios que determinan el valor de verdad de las proposiciones jurídicas es central para el positivista. Así, fruto de su análisis conceptual, el positivista concluye que la convergencia entre los *officials* acerca de los criterios de validez jurídica es relevante, pero ello no se sigue de defender que los conceptos requieren de criterios compartidos, sino de que forma parte de la mejor explicación del fenómeno jurídico. En otras palabras, la convergencia no es relevante por el *tipo* de concepto que es el concepto de derecho, sino porque el *resultado* del análisis conceptual así lo determina.

Dicho lo anterior, conviene entonces tener presente la separación de la cuestión del concepto de derecho de la cuestión de si la existencia de criterios compartidos son relevantes. En este sentido, aunque determinados autores hayan asumido que el propio concepto de derecho opera conforme a lo que señalan las nuevas teorías de la referencia[62], aquí sostendré en cambio *solo* su incidencia en la interpretación jurídica en un esquema positivista. Para ello, enfatizaré la relevancia de las prácticas jurídicas y de la convergencia entre los *officials*, también por lo que respecta a la interpretación jurídica, señalando en qué medida las teorías de la referencia pueden tener cabida.

La primera cuestión que cabe plantearse es si la convergencia es determinante para los positivistas de corte *hartiano* también por lo que respecta a la interpretación, o si se requiere solo acuerdo con respecto a qué fuentes son relevantes. Desde mi punto de vista, las condiciones de existencia de un sistema jurídico no pueden agotarse en la práctica de identificar textos sin una actitud crítico-reflexiva respecto de ciertos modos admisibles de otorgarles un contenido. Imaginemos que un individuo considera que el Código Civil español es parte del derecho español pero entiende que su significado debe serle atribuido a partir de un programa informático que asigna significados al azar. Imaginemos que otro individuo considera que su contenido depende de lo que su hijo de diez años dice que expresa. Finalmente, un tercer individuo entiende que aquello que expresa el Código Civil depende del lenguaje ordinario. ¿Diríamos que hay un acuerdo entre los diferentes individuos acerca de que el Código Civil es parte del derecho si no hay un acuerdo básico sobre lo que expresa el Código? Si cada uno, siguiendo su propio criterio, sostiene una interpretación radicalmente diferente de la de los demás respecto de lo que establece el Código Civil, parece que invocar el Código Civil se torna algo superfluo. Dicho en otros términos, si la actividad interpretativa no es constitutiva de la actividad jurídica, la convergencia en las fuentes podría producir los mismos resultados que su ausencia (un total desacuerdo sobre qué normas son válidas) con lo cual podría ser un hecho completamente irrelevante. Por tanto, parece que la convergencia característica de los modelos positivistas estaría desprovista de sentido si no hubiera ningún acuerdo en relación con cómo interpretar las fuentes del derecho[63].

Una vez asumida la relevancia de la convergencia también para la interpretación jurídica, ¿cómo puede defenderse la incidencia de las nuevas teorías de la referencia?

---

[62] *Vid.* MOORE, 1994, y COLEMAN-SIMCHEN, 2003. Para una crítica a sus argumentos, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2015.

[63] Esta idea es sugerida por PAPAYANNIS (2015), y ya fue presentada en RAMÍREZ LUDEÑA, 2012. En RODRÍGUEZ-PEROT (2010: 135 y ss.) se señala que entender que solo se requiere un acuerdo acerca de las fuentes haría que esta tesis fuera compatible con el iusnaturalismo.

Es difícil cuestionar que el derecho pretende guiar la conducta y, precisamente por ello, se expresa mediante el lenguaje ordinario. Además, como hemos visto, el lenguaje ordinario frecuentemente responde a la reconstrucción ofrecida por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia. Por ello, resulta plausible entender que el lenguaje del derecho se ajusta también, cuando incorpora esos términos del lenguaje ordinario, a dicha reconstrucción. Así, del mismo modo que ocurre en nuestras prácticas lingüísticas cotidianas, determinados términos que aparecen en los textos jurídicos manifiestan ciertos rasgos destacados por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia. En ocasiones empleamos los términos para referirnos a los objetos pese a contar con información deficiente de ellos. Y somos capaces de hacerlo puesto que formamos parte de una cadena de comunicación, que nos remonta en última instancia a ejemplares de la clase, aunque nuestras creencias respecto a los objetos que pertenecen a la clase sean muy pobres y falibles. El uso correcto del término dependerá de cuáles son las propiedades esenciales de la clase a la que nos referimos, y la identificación de qué rasgos son determinantes puede estar en manos del hablante común o de expertos. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la normativa hace referencia a la muerte, con respecto a la cual asumimos que podemos estar equivocados (y que las descripciones que asociamos con el término «muerte» pueden estar equivocadas), y tenemos deferencia con los expertos[64].

Entonces, del mismo modo que ocurre con nuestras prácticas lingüísticas cotidianas, que dependen de un modo no controvertido de las creencias de los individuos, en el ámbito del derecho en algunos casos la referencia se produce en virtud de poseer determinadas descripciones, pero en otros casos no nos valemos de ellas y somos capaces de referirnos directamente a los objetos, comprometiéndonos con que caen bajo el ámbito de aplicación del término si tienen el rasgo que determina la pertenencia a la clase, aunque no conozcamos cuál es. Establecer esto último requiere de teorización. Lo anterior no debe resultar extraño: tanto la práctica lingüística como la jurídica dependen de la existencia de individuos con complejos entramados de creencias, y ello no ha obstado a su aceptación generalizada entre los filósofos del lenguaje.

A efectos de entender que son compatibles con el positivismo, es importante advertir que el hecho de que determinados casos —y no otros— queden regulados dependerá de cuál sea la práctica de identificación e interpretación de un determinado sistema jurídico. Entonces, un término quedará incorporado en un sistema jurídico particular solo contingentemente, en virtud de cuáles sean las reglas de dicho sistema, lo que viene dado por la práctica de identificación relevante. Y, dado que la consideración de las nuevas teorías de la referencia depende de cómo se usan los términos, tomarlas en cuenta respeta la convergencia que se halla en la base del esquema positivista, precisamente porque depende de que tal convergencia exista. En otras palabras, asumir una concepción como la aquí propuesta depende de la propia conducta y actitudes de los participantes, por lo que puede concluirse que el carácter convencional del derecho no tiene por qué implicar una concepción estrictamente convencional de nuestras prácticas lingüísticas. En esta medida, el derecho depende *en última instancia*

[64] Para un análisis del caso de la muerte, pero para defender la relevancia de las aportaciones de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia en el derecho en un esquema no positivista, *vid.* MOORE, 1985.

solo de hechos sociales, que son relevantes para su identificación e interpretación, lo que conlleva que no haya una conexión identificatoria entre el derecho y la moral[65]. La incidencia de las nuevas teorías de la referencia en el derecho es entonces contingente; como hemos visto, depende de cómo se desarrolle la práctica interpretativa en una comunidad jurídica determinada[66]. Esto conlleva que no puede establecerse un criterio último para delimitar los supuestos de aplicación de las nuevas teorías de la referencia de aquellos otros casos en que es otra la semántica adecuada. Y que un término que en el lenguaje ordinario puede operar conforme a lo que señalan las nuevas teorías de la referencia puede operar en el ámbito jurídico según lo que señala la concepción tradicional. En definitiva, el modelo toma también en cuenta las posibles contingencias en las prácticas interpretativas de los sistemas jurídicos. Ello supone que no es necesario mostrar que hay un conjunto de términos esencialmente jurídicos que designan géneros naturales, sino solo reconocer que en algunos casos los términos de las disposiciones jurídicas operan conforme a lo que señalan los partidarios de las nuevas teorías de la referencia.

Podría, sin embargo, insistirse, en que las nuevas teorías de la referencia no son compatibles con el positivismo puesto que entonces no habría convergencia sobre las concretas exigencias de los sistemas jurídicos particulares. Sin embargo, esto no es tan extraño si tomamos en cuenta el debate que, en el seno del propio positivismo, ha tenido lugar entre positivistas incluyentes y excluyentes[67]. Los argumentos del positivismo incluyente pasaban por enfatizar que el derecho puede incorporar la moral, pero que en última instancia ello depende de hechos sociales. Aunque las concretas exigencias de los sistemas jurídicos puedan no ser entonces transparentes a los participantes, ello sería compatible con el positivismo al depender la reflexión moral de hechos sociales. En un sentido similar, puede entenderse que las nuevas teorías de la referencia tienen incidencia a la hora de reconstruir lo que ocurre con respecto a la interpretación de determinados términos, lo que también depende en última instancia de hechos sociales[68].

¿Supone lo anterior que asumir la relevancia de las nuevas teorías de la referencia en el derecho requiere del rechazo del positivismo excluyente? Ello parecería ser el caso al requerirse, conforme a las nuevas teorías de la referencia, de teorización y considerarse que el derecho depende de cuestiones que no nos son transparentes, lo que atentaría contra la autoridad del derecho. Esta crítica sería semejante a la que se ha planteado contra el positivismo incluyente por parte de los positivistas excluyentes: si el derecho incorpora la moral, o si requiere de teorización acerca de sus exigencias, los individuos se ven obligados a llevar a cabo razonamientos y ponderaciones que el

---

[65] Como señala BAYÓN (2002), pese a las controversias en este ámbito, el contenido mínimo del positivismo jurídico está ligado a la tesis de que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales complejos.

[66] Es decir, que las nuevas teorías de la referencia merezcan atención en materia interpretativa es una cuestión en última instancia jurídica.

[67] Mientras que los primeros defienden que la regla de reconocimiento puede contingentemente incorporar la moral entre las condiciones de validez jurídica, este extremo es negado por los positivistas excluyentes, quienes sostienen que la caracterización adecuada de tales supuestos requiere admitir que, para resolver estos casos, debe recurrirse a estándares extrajurídicos. Para una defensa del positivismo jurídico inclusivo, WALUCHOW, 1994; COLEMAN, 2001, y MORESO, 2001. Como principales exponentes del positivismo jurídico excluyente, *vid.* RAZ, 1979 y 1994 y SHAPIRO, 1998a, 1998b y 2011.

[68] *Vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2015.

derecho pretendía excluir, lo que frustraría la pretensión de autoridad característica del derecho[69].

Los casos que han centrado la discusión entre positivistas incluyentes y excluyentes son aquellos en que la moral es considerada como criterio de validez jurídica, lo que conlleva que la identificación de las normas del sistema requiere de argumentación moral. En cambio, en la versión de las nuevas teorías de la referencia que aquí se ha presentado, estamos ante supuestos en que una disposición jurídica, que forma parte del derecho en virtud de una fuente social, requiere de teorización para determinar su contenido. En este sentido, los supuestos que constituirían el paralelismo adecuado con lo que ocurre con las nuevas teorías de la referencia serían aquellos casos en que disposiciones jurídicas que son derecho en virtud de su pedigrí recurren a términos morales.

En tales grupos de supuestos, el hecho de que el derecho incorpore un determinado término moral no parece problemático, siempre que dicho término moral pertenezca al derecho por una cuestión de pedigrí y no de contenido. Ello es así porque la incorporación de un término moral en las disposiciones sí reduce el ámbito de las razones en consideración, esto es, sí supone una restricción de las opciones disponibles. En este sentido, los individuos no deben reproducir las ponderaciones que la autoridad debía llevar a cabo. De un modo similar, SHAPIRO ha señalado que, si bien la interpretación de cualquier elemento de un sistema de planes no puede ser determinado por hechos cuya existencia pretende establecer cualquier elemento de ese sistema, una regla cumpliría con su función como plan si *restringe* la deliberación moral[70]. Es decir, SHAPIRO entiende que en determinados casos en que hay apelaciones a la moral la regla puede satisfacer su función como plan en tanto excluye otras posibilidades.

---

[69] RAZ, 1979. Aunque aquí no me referiré en ellos, los argumentos a favor del positivismo excluyente no se centran exclusivamente en la idea de autoridad. BAYÓN (2002) ha sostenido que si el derecho incorporara el razonamiento moral nos hallaríamos, o bien ante una convención que se autoanula, puesto que sería una convención para seguir criterios no convencionales, o bien sería una convención vacía. En este último caso, si, a pesar de los desacuerdos acerca de lo que prevé la convención debido a la necesidad de desarrollar la argumentación moral, seguimos hablando de la existencia de una convención que resuelve la cuestión, ello es así porque recurrimos a una convención de un alto nivel de abstracción, lo que convertiría la convención en superflua. Otros han defendido el positivismo excluyente por negar la objetividad en materia moral. En este sentido, se ha señalado que el problema del incluyente es tener que creer en la objetividad de la moral y además sostener una posición excesivamente compleja: así, si el positivismo puede dar cuenta del modo en que los argumentos morales se emplean en el razonamiento jurídico como pautas que conceden discreción, como pautas que son vinculantes pero que no son parte del derecho, o como pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de una fuente social, parece innecesario considerar que pueden ser pautas vinculantes que son parte del derecho por su valor moral. Por otro lado, no hay que olvidar que también podrían reconstruirse las aparentes apelaciones a la moral como referencias a la moral convencional. Finalmente, también puede rechazarse la incorporación de la moral debido a consideraciones teóricas de índole más general sobre lo que puede conocerse —por ejemplo, vinculadas con el carácter controvertido de la moral y el verificacionismo—.

[70] SHAPIRO, 2011: 271 y ss. y 311. El argumento fue inicialmente presentado por COLEMAN, 2001: 103 y ss. En un sentido similar, MORESO (2001: 108 y 109) señala que las disposiciones que incorporan términos morales sí hacen una diferencia práctica puesto que su incorporación genera consecuencias en relación con diversos aspectos de la estructura institucional de un sistema. Por otro lado, es importante advertir que, a pesar de lo expresado en el texto, existen notables diferencias entre las posiciones de RAZ y SHAPIRO. Para RAZ lo que da sentido a tener derecho es que este ahorre a los ciudadanos la deliberación moral de razones preexistentes. SHAPIRO, por su parte, se centra en la lógica de los planes y lo que da sentido a tenerlos. Los planes evitan que volvamos a plantearnos las mismas cuestiones que ya hemos resuelto con la adopción del plan, reabriendo indefinidamente el balance de razones.

Tomando en consideración lo anterior, parece entonces que la incorporación en el derecho de términos que requieren de teorización para la determinación de los casos a los que resultan de aplicación no atentaría en el sentido relevante contra la pretensión de autoridad del derecho. Precisamente porque en el modelo que he presentado resulta fundamental el modo en que está redactada la normativa a efectos de determinar qué supuestos se hallan regulados por la misma, la pretensión de autoridad práctica del derecho no se vería afectada.

Podría argumentarse que, dado que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia entienden que lo que ocurre en muchos supuestos es que los individuos manifiestan deferencia a determinados sujetos para identificar el contenido de los términos jurídicos, ello supone una alteración fundamental con respecto a quiénes son las autoridades, y se dificulta entonces que pueda apreciarse que el derecho pretende autoridad. Sin embargo, en los supuestos en que hay deferencia a algún individuo o grupo determinado, lo que se produce no es una alteración de la autoridad práctica del derecho, sino que en realidad los individuos adoptan como autoridad teórica a un sujeto o grupo de sujetos que tratan de determinar el contenido de las disposiciones. Es cierto que, al configurarse como autoridad teórica e identificar el contenido de los términos, dichos sujetos también determinan, aunque indirectamente, sus razones para actuar. Pero ello es así precisamente porque existe una autoridad práctica que ha establecido qué disposiciones son relevantes. Por otro lado, y de acuerdo con lo señalado en el primer apartado, lo expuesto por los partidarios de las nuevas teorías de la referencia no determina que nos hallemos frente a genuinas autoridades teóricas, puesto que es posible que se cuestionen sus conclusiones y que se acabe descubriendo que también los expertos estaban equivocados.

Además, si tomamos en cuenta la posición de RAZ en el ámbito de la interpretación jurídica por lo que respecta a los términos morales[71], este enfatiza que el hecho de que deba tomarse en cuenta la existencia de autoridades que manifiestan un determinado punto de vista acerca de una cuestión no conlleva que tenga que recurrirse a su intención para determinar el contenido de las disposiciones. Lo fundamental es lo que cabe entender de lo que ha quedado plasmado en la disposición. De hecho, RAZ señala específicamente que el significado depende de lo que sea razonable atribuirle a la autoridad, lo que requiere tomar en cuenta diversas consideraciones. Por tanto, tampoco este argumento permite excluir la incidencia de las nuevas teorías de la referencia.

En definitiva, la consideración de las nuevas teorías de la referencia en el derecho son compatibles con el positivismo dado que no nos conducen a asumir una relación necesaria con la moral y los hechos sociales relativos a las creencias y actitudes de los *officials* son determinantes. Podría, no obstante, insistirse en que ello nos lleva a una concepción metafísicamente robusta acerca del derecho, incompatible con su carácter institucional. Pero estas apreciaciones no han sido determinantes contra el positivismo incluyente y, lo que es más relevante, ya he señalado en la primera parte de este trabajo que la tesis aquí defendida es una tesis semántica (sobre cómo se usan los términos en general, y en el derecho por los operadores jurídicos), no metafísica. Entonces, en aquellos supuestos en que, en el ámbito jurídico, se enfrentan distintas concepciones

[71] RAZ, 1979.

que tratan de capturar los rasgos esenciales de una clase, o en que se deja en manos de determinados sujetos la teorización sobre la cuestión, tomar en consideración las nuevas teorías de la referencia nos permite, a diferencia de las posiciones semánticas más tradicionales con las que frecuentemente se ha vinculado al positivismo, reconstruir lo que ocurre de un modo plausible. Así, entender que ello puede hacerse de modo compatible con los postulados positivistas básicos supone poder ofrecer una respuesta para algunos de los desacuerdos a los que se refiere DWORKIN[72].

5. CONCLUSIONES

En este trabajo he intentado mostrar la posible incidencia de las nuevas teorías de la referencia para DWORKIN y HART por lo que respecta a los desacuerdos jurídicos. Nótese que no he mostrado que DWORKIN necesite de las nuevas teorías de la referencia, sino que no son incompatibles con base en sus propios argumentos. Más allá de si es compatible con toda su teoría, o de si requiere de las nuevas teorías para dar sentido a la noción de desacuerdos teóricos, los argumentos de DWORKIN para diferenciar los conceptos interpretativos de los de clase natural no son concluyentes, por lo que las nuevas teorías de la referencia podrían resultarle de utilidad para dar cuenta de los desacuerdos sin que tenga que introducir un nuevo tipo de conceptos como los interpretativos. En el caso de HART, he tratado de mostrar que su énfasis en la relevancia de la regla de reconocimiento no obsta a que las nuevas teorías de la referencia puedan desempeñar un rol a efectos de reconstruir cómo operan determinados términos en el ámbito jurídico, de modo compatible con el carácter convencional del derecho.

Lo anterior pone de manifiesto que el punto central de desacuerdo entre ambos autores no radica en la asunción de una determinada semántica o en la defensa de un tipo particular de conceptos. Si, como he tratado de mostrar, ambas posiciones son compatibles con las tesis de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, parece entonces que la disputa recae en realidad en qué tipo de consideraciones son relevantes a efectos de conferir un rol a lo señalado por los partidarios de las nuevas teorías. Para DWORKIN, su relevancia depende siempre en última instancia de consideraciones de tipo normativo. Para HART, en cambio, de que las convenciones le den cabida. En definitiva, el avance en el debate entre ambas posiciones debe entonces plantearse en un nivel superior de análisis, acerca de qué consideraciones son relevantes, y no acerca de los conceptos jurídicos ni de la semántica de los términos del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BAYÓN, J. C., 2002: «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en V. ZAPATERO (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Alcalá de Henares: Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 33-54.

[72] Distinguiendo diferentes niveles de desacuerdos y enfatizando la relevancia de las nuevas teorías para reconstruir algunos de ellos, *vid.* RAMÍREZ LUDEÑA, 2012.

BRINK, D., 1988: «Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review», *Philosophy and public affairs,* 17 (2): 105-148.

COLEMAN, J., 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

COLEMAN, J., y SIMCHEN, O., 2003: «Law», *Legal theory,* 9: 1-41.

DEVITT, M., 1981: *Designation*, New York: Columbia University Press.

DEVITT, M., y STERELNY, K., 1999: *Language and reality*, 2.ª ed., Oxford: Blackwell.

DONNELLAN, K., 1970: «Proper names and identifying descriptions», *Synthese,* 21: 335-358.

DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing.

— 1996: «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», *Philosophy and Public Affairs*, 25, (2): 87-139.

— 2006: *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de M. IGLESIAS e I. ORTIZ DE URBINA, 2007, *La justicia con toga*, Barcelona: Marcial Pons.

— 2011: *Justice for Hedgehogs,* Cambridge: Harvard University Press.

ENDICOTT, T., 2001: «Herbert Hart and the semantic sting», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's postscript*, New York: Oxford University Press, 39-58.

EVANS G., 1973: «The causal theory of names», *Proceedings of the Aristotelian society, Supplementary volume,* 47: 187-208.

FREGE, G., 1998a: «El pensamiento», en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid: Tecnos. Trad. de VALDÉS VILLANUEVA de «Der Gedanke. Eine logische Untersuchung», en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, núm. I, 1918: 58-77.

— 1998b: «Sobre el sentido y la referencia», en *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica,* Madrid: Tecnos. Tr. de VALDÉS VILLANUEVA de «Über Sinn und Bedeutung», en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, C: 25-50.

GREEN, M., 2003: «Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Law Cannot Tell Us About the Law», *William & Mary Law School*, 1897-1952.

HART, H., 1994: *The Concept of Law*, 2.ª ed., New York: Oxford University Press.

HIMMA, K., 2002: «Ambiguously stung: Dworkin's semantic sting reconfigured», *Legal Theory,* 8: 145-183.

IGLESIAS, M., 1999: *El problema de la discreción judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

KRIPKE S., 1980: *Naming and necessity*, Cambridge: Harvard University Press.

LEITER, B., 2001: «Objectivity, morality and adjudication», en B. LEITER (ed.), *Objectivity in law and morals*, Cambridge: Cambridge University Press, 66-98.

MARMOR, A., 2009: *Social conventions. From language to law*, Oxford: Princeton monographs in philosophy.

MARTÍ, G., 1995: «The Essence of Genuine Reference», *Journal of Philosophical Logic,* 24: 275-289.

— 2003: «The Question of Rigidity in New Theories of Reference», *Noûs,* 37: 161-179.

MOORE, M., 1985: «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review,* 58: 277-398.

— 1987: «Metaphysics, Epistemology and Legal Theory», *Southern California Law Review,* 60: 453-506.

— 1994: «Law as a functional kind», en R. GEORGE (ed.), *Natural Law Theories: Contemporary Essays*, Oxford: Clarendon Press, 188-242.

MORESO, J. J., 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2001: «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought*, Torino: Giappichelli, 37-63. Citado por la traducción en P. NAVARRO y C. REDONDO (comps.), 2002, *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa.

PAPAYANNIS, D., 2015: «El aspecto interpretativo de la regla de reconocimiento». Manuscrito inédito.

PÉREZ OTERO, M., 2006: *Esbozo de la filosofía de Kripke*, Barcelona: Montesinos.

PUTNAM, H., 1975: *Mind, Language and Reality*: *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge: Cambridge University Press.

RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2012: «Los desacuerdos en el derecho», *Doxa,* 35: 135-155.

— 2014a: «La causalidad en las nuevas teorías de la referencia y las nuevas teorías de la referencia en la causalidad», en D. PAPAYANNIS (ed.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Barcelona: Marcial Pons, 319-342.

— 2014b: «La teoría causal de la referencia directa y el positivismo jurídico», *Diritto e Questioni Pubbliche*, 947-992.

— 2015: *Diferencias y deferencia*, Barcelona: Marcial Pons, en prensa.

RAZ, J., 1979: *The authority of law,* Oxford: Clarendon Press.

— 1994: *Ethics in the public domain*, Oxford: Clarendon Press.

— 2001: «Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison», en J. COLEMAN, (ed.), *Hart's postscript*, New York: Oxford University Press, 1-37.

RODRÍGUEZ-BLANCO, V., 2001: «"Genuine" Disagreements: A Realist Reinterpretation of Dworkin», *Oxford Journal of Legal Studies,* 21 (4): 649-71.

RODRÍGUEZ, J. L., y PEROT, P. M., 2010: «Desacuerdos acerca del derecho», *Isonomía,* 32: 119-147.

RUSSELL, B., 1905: «On denoting», *Mind,* 14: 479-493.

— 1910-1911: «Knowledge by acquaintance and knowledge by description», *Proceedings of the Aristotelian Society,* 11: 108-128.

SEARLE, J., 1958: «Proper names», *Mind,* 67: 166-73.

SHAPIRO, S., 1998a: «On Hart's Way Out», *Legal Theory,* 4: 469-508.

— 1998b: «The Difference That Rules Make», en B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory,* Oxford: Clarendon Press, 33-64.

— 2011: *Legality*, Cambridge: Harvard University Press.

STAVROPOULOS, N., 1996: *Objectivity in law*, Oxford: Clarendon Press.

VILAJOSANA, J. M., 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas,* Barcelona: Marcial Pons.

WALUCHOW, W., 1994: *Inclusive legal positivism*, Oxford: Clarendon Press.

UNA RECONSTRUCCIÓN CRÍTICA DEL ASPECTO NEGATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO EN HANS KELSEN *

Javier Wilenmann **

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

RESUMEN. El presente artículo presenta una reconstrucción crítica de la obra de Hans KELSEN. Una interpretación adecuada de la teoría de KELSEN permite distinguir en ella dos estadios: i) un primer estadio lógico constituido por la formulación de un programa científico alrededor de su teoría de la validez y de la estructura de la norma, y un segundo estadio consistente en la realización de ese programa, el que puede ser dividido a su vez en dos fases, a saber: ii) una fase de realización negativa a través de la generación de una crítica radical a las concepciones tradicionales de la ciencia jurídica incompatibles con el primer estadio, y iii) en una fase de realización positiva, cuyo fruto más relevante es la generación de un esquema completo de comprensión del derecho como un sistema dinámico en constante auto-reproducción. El objeto del artículo es dar cuenta de la formulación del programa y, como ilustración de su forma de funcionamiento, de la lógica de realización de la etapa negativa.

Palabras claves: Teoría del derecho, positivismo jurídico, validez, norma, interpretación, derecho subjetivo, persona.

A Critical Reconstruction of the Negative Aspect of the Theory of Law in Hans Kelsen

ABSTRACT. The paper carries out a critical reconstruction of Hans KELSEN's theory of law. According to it, KELSEN's work can be divided in three logical steps: i) the construction of a scientific program, which is formed by KELSEN's theory of validity and by his understanding of the structure of the legal norm; and the realization of this program, which itself can be divided in ii) a negative step and iii) a positive step. The negative realization of the program comprises KELSEN's radical critic on the traditional concepts of jurisprudence and legal reasoning, while the positive realization of the program consists on the development of a whole model whose aim is the understanding of the legal order as a dynamic system which regulates and carries out constantly its own reproduction. The paper attempts to present a reconstruction of both the core of KELSEN's program and the negative step of its realization.

Keywords: Theory of law, legal positivism, validity, norm, interpretation, subjective right, legal person.

---

* Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2016.

Una versión extendida de este artículo fue presentada y discutida en un seminario interno de profesores en la Universidad de Chile. Le agradezco a los participantes del seminario (Constanza SALGADO, Matías GUILOFF, Juan Pablo MAÑALICH y Jonatan VALENZUELA) por sus muy valiosas contribuciones.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. LLM Universität Regensburg. Doctor Iuris Albert Ludwigs Universität Freiburg. Correo electrónico, *javier.wilenmann@uai.cl*.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.10

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 185-209

1. INTRODUCCIÓN

Pese a su estatus indubitado de clásico de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho, la obra de Hans KELSEN ya no goza de la enorme influencia que ejerció en el pasado sobre el discurso teórico jurídico en el mundo hispano parlante. La normalización del positivismo jurídico y la influencia que ha pasado a ejercer el positivismo de orientación analítica anglosajón han limitado su influencia. La obra de KELSEN y de su escuela de Viena sigue siendo, sin embargo, el intento histórico más radical y profundo de transformación de nuestra percepción del derecho a partir de la disolución de categorías que, en su concepción, no tendrían valor cognitivo. Si ese intento fue fecundo y exitoso, o si la obra de KELSEN habría construido en realidad una algo absurda teoría del derecho sin derecho, «una teoría del Estado sin Estado» (HELLER, 1992: 23)[1], es algo que no se deja evaluar de forma sencilla. La enorme magnitud de la obra de KELSEN no alcanza, por una parte, a ser percibida de entrada a causa de la completa interdependencia de sus elementos. El análisis particular de algunas de sus más famosas figuras argumentativas hace perder de vista el carácter holístico de su obra[2]. Por otra parte, la influencia del positivismo jurídico analítico ha tendido a crear un parentesco que es al menos parcialmente ilusorio con KELSEN. Como la obra de KELSEN necesita de percepción global para ser completamente comprendida en sus pretensiones, este parentesco también atenta contra su posibilidad de comprensión completa y de utilización correcta en debates jurídicos actuales.

El objeto del presente artículo se entiende a la luz de este contexto. Su objeto no es analizar algunas construcciones particulares de la obra de KELSEN, sino presentarla como proyecto global, con el fin de dar cuenta de su enorme potencial esclarecedor y de las limitaciones que, al mismo tiempo, un proyecto de esa clase supone. Aunque describir *completamente* ese proyecto en un artículo resulta imposible, sí es en cambio posible presentar los lineamientos generales y los argumentos centrales del proyecto global. Ello solo puede tener lugar, sin embargo, a partir de una interpretación: el texto presenta, de esta forma, argumentos a favor de una interpretación global de la obra de KELSEN que puede ser designada como neokantiana y desontologizada, sin poder tematizar en detalle sus alternativas.

La lectura que se presenta aquí de la obra de KELSEN se basa en una comprensión pragmático-científica que identifica dos estadios lógicos —formulación del programa y realización del programa— y dos fases en el segundo estadio lógico. La teoría de la validez de KELSEN (o su ontología de las normas, o la distinción entre ser y deber, todas descripciones que se refieren al mismo objeto) constituye, bajo esta lectura, el primer estadio lógico de la obra y cumple la función de definir su programa científico. La realización del programa así definido se desarrolla a su vez en dos etapas: una etapa de realización negativa, caracterizada por la crítica a los conceptos tradicionales de la ciencia del derecho a partir de los fundamentos del programa kelseniano; y una etapa de realización positiva, en la que los mismos conceptos criticados son redefinidos o

[1] Al respecto, con mayor detalle, *vid.* KORB, 2010: 152 y ss.

[2] Similar RUIZ MANERO, 2010: 38: «Podríamos decir que desde [...] 1911 hasta la póstuma *Teoría General de las Normas* [...], KELSEN no dejó de reescribir, una y otra vez, en cierto sentido, el mismo libro».

tematizados mediante conceptos compatibles con las definiciones del programa. El presente artículo pretende entregar una interpretación del núcleo del programa de KELSEN (2), e ilustrar su pretensión de realización crítica («etapa negativa») en la exposición de la forma en que la crítica se desenvuelve respecto a tres conceptos centrales a las ciencias jurídicas: los conceptos de derecho subjetivo, persona e interpretación (3). El artículo no tematiza, en cambio, la realización positiva del programa a partir de la exposición de una teoría del derecho centrada en su carácter dinámico. Si bien ello es, por cierto, relevante, la ilustración del objeto de la obra de KELSEN como programa global parece más nítida al concentrarse en sus aspectos negativos: su obra es ante todo un desafío a un modo de comprensión y estudio del derecho que hasta el día de hoy resulta tradicional.

2. EL PROGRAMA DE KELSEN: LA TEORÍA DE LA VALIDEZ EN KELSEN COMO EXPRESIÓN DE UNA METAFÍSICA AGNÓSTICA

La reducción de la obra de KELSEN a *una* pretensión solo puede ser expresada con una fórmula de esta clase: eliminar conceptos sin potencial cognitivo derivados en general de una metafísica que este consideraba implausible, y sustituirlos por conceptos con sustento epistemológico[3]. Todas las demás pretensiones específicas pueden ser reducidas a esa idea general. Por eso, el punto de partida en la comprensión del proyecto global de KELSEN tiene que ser su teoría de la validez: ella le da fundamentos a su voluntad programática. Solo el KELSEN metafísico permite comprender correctamente la obra anti-metafísica de KELSEN.

2.1. Ontología de las normas y dualismo metodológico como núcleo programático

Buena parte de los escritos centrales de la obra temprana de KELSEN consisten en tematizaciones y explicaciones de su comprensión de la distinción entre ser y deber y de la influencia que una comprensión correcta de la tesis tendría en el estudio del derecho.

Esta distinción es, en primer lugar, una tesis sobre aquello que no puede ser el conocimiento jurídico: no puede ser ni reducción a la observación de fenómenos empíricos (naturalismo) ni postulación de existencia real de otra sustancia metafísica (derecho natural). Esa tesis negativa contiene, por ello: i) una afirmación epistemológica pluralista (aunque, como veremos, el pluralismo de KELSEN es, en realidad, una reducción dualista), y ii) una afirmación metafísica reduccionista. Las dos afirmaciones pueden ser descritas, de forma general, por medio la siguiente fórmula: existen dos formas válidas de generación de conocimiento, pero el mundo tiene una sola sustancia real, por lo que el objeto de referencia de ese conocimiento doble es solo uno. Entender este cruce entre una epistemología dualista y una metafísica monista es crucial para evitar malentendidos relativos a la distinción entre ser y deber.

[3] Así, por ejemplo, en sus descripciones generales de su pretensión teórica en la segunda edición de los *Problemas Capitales* (KELSEN, 1923: xxxix-xli) y en la *Teoría General del Estado* (KELSEN, 1925: xviii). Similar DREIER, 1990: 23.

i) El pluralismo epistemológico puede ser observado ya en la tesis negativa contraria al reduccionismo de la sociología jurídica (o del realismo jurídico). Al igual que buena parte de la obra de KELSEN, su pluralismo epistemológico es en primer lugar una tesis reactiva: el realismo jurídico, la tesis de que el derecho solo puede ser conocido de la misma forma que las ciencias empíricas, es falso. La pugna de KELSEN se centra, en este ámbito, en una impugnación de las premisas del realismo. En materia de conocimiento jurídico, la tesis de que este puede ser reducido estructuralmente a enunciados que tienen una forma equivalente a los enunciados de las ciencias empíricas y que, por ello, pueden ser verificados o falseados por observación de la realidad, solo podría ser correcta si el conocimiento solo pudiera tener lugar mediante procesos de generalización empírica. La obra de KELSEN discute la validez de la pretensión excluyente de la comprensión del conocimiento derivada de las ciencias empíricas: si bien este se encuentra fundado en su ámbito, su aplicación a la comprensión del derecho implicaría incomprensión de su objeto.

ii) El reduccionismo metafísico, crucial en la obra de KELSEN, puede parecer a primera vista incompatible con su pluralismo epistemológico y tiende, a su vez, a ser mal comprendido por la constante utilización de expresiones en la descripción de la distinción entre ser y deber que parecen concederle un sustento real[4] (ante todo: hablar de dos «reinos», cuestión que ya en KANT es conflictiva)[5]. Una comprensión de esta clase, sin embargo, no solo es incompatible con su teoría del conocimiento jurídico, sino que el propio KELSEN insiste recurrentemente en su incorrección al reconstruir la distinción entre ser y deber[6].

En realidad, la teoría del conocimiento jurídico de KELSEN, y derivativamente su teoría de la validez, constituyen adaptaciones sencillas de tópicos generales del neokantismo[7]. La teoría del conocimiento jurídico de KELSEN se basa en la creencia general neokantiana de que el conocimiento es ordenación con sentido de datos externos y que esa ordenación es una prestación del sujeto. Para que la ordenación con sentido pueda ser compartida, ella debe tener lugar por medio de la aplicación de principios intersubjetivos comunes. Así, la correcta aplicación de estos principios (esto es lo que KANT y posteriormente los neokantianos, incluyendo al propio KELSEN, llamarían «juicios»)[8] *es* el conocimiento. El objeto del conocimiento no es por ello directamente la materia (el mundo), sino juicios efectuados a su respecto. La validez de dichos juicios, y por ello la justificación del conocimiento, dependerían así de la correcta aplicación de principios sintéticos. Así, por ejemplo, en el conocimiento de la forma de organización

---

[4] Representativo GUASTINI, 1999: 257.

[5] Las citas, por ejemplo, a COHEN y la distinción entre reino de la realidad y de la normatividad, postulada ya en su escrito de habilitación para explicar la diferencia entre ser y deber, pueden hacer pensar en la creencia en la existencia de una cierta ontología dualista que fundaría la distinción. Al mismo tiempo, la insistencia en la formulación de la teoría de la norma fundante básica en la completa falta de relación entre ser y deber también puede hacer pensar en que la expresión «dos reinos distintos», utilizada en la descripción de la oposición ser y deber, tiene sustento ontológico. Si esto es así o no es solo un problema menor. Es, en cambio, claro que la validez no es en sí expresiva de nada real; si existe diferencia ontológica entre validez y realidad, esa diferencia no implica el postulado de una segunda sustancia, sino solo la negación de la segunda (lo válido *no* es real). Al respecto, *vid.* también HEIDEMANN, 1997: 25; y PAULSON, 2005: 206-210.

[6] Así ya explícitamente en KELSEN, 1916: 38.

[7] Sobre la falta de identidad con los postulados centrales de las dos grandes escuelas neokantianas, *vid.* WILENMANN, 2014: 54 y ss.

[8] KELSEN, 1923: xl.

interna y externa de la materia, la aplicación del principio de causalidad constituye a la naturaleza; conocimiento correcto sobre el mundo natural es aplicación correcta del principio de causalidad en la elaboración de juicios causales[9]. No se trata, por ello, de que exista una oposición entre realidad y normatividad, sino más bien entre naturaleza, entendida como interpretación de la realidad a partir de aplicación del principio de causalidad, y derecho, esto es, la interpretación de la realidad a partir del principio de imputación. «El dualismo fundamental se encuentra constituido por una diferenciación total en la mirada teórico-cognitiva»[10].

Por supuesto, la tesis neokantiana sobre la generación de la realidad con sentido como prestación subjetiva es lógicamente compatible con la tesis epistemológica reduccionista que KELSEN pretende combatir: el naturalismo. Una teoría naturalista neokantiana de esta clase tendría que afirmar que el único principio sintético realmente compartido y, de este modo, con rendimiento cognitivo, es el principio de causalidad[11]. Parte importante de la obra temprana de KELSEN pretende combatir esta afirmación al postular la existencia de un segundo principio sintético, pero su argumentación a este respecto es más bien oscura. De acuerdo a KELSEN, sería posible reconocer no uno (principio de causalidad) sino dos (principio de imputación) principios sintéticos con rendimiento cognitivo, por lo que el conocimiento obtenido de la aplicación correcta del principio de imputación —el conocimiento jurídico— también sería conocimiento científico[12]. Qué significa esto y qué permite atribuirle el status de principio sintético al principio de imputación, es algo que no es inmediatamente claro en la obra de KELSEN. Si el principio de imputación, por ejemplo, fuera exclusivamente una estructura de pensamiento («si *x*, *y* debe ser»), su aplicación sería posible más allá del derecho. No hay nada que impida pensar, por ejemplo, una moral con una estructura asimilable al principio de imputación: si una acción moralmente incorrecta tiene lugar, entonces debe ser expresado reproche. El principio de imputación es, sin embargo, postulado como estructura con mérito cognitivo solo respecto del derecho. No se trata, por ello, de que la generación de conocimiento sea posible por la estructura del principio de imputación, sino que su aplicación en la comprensión del derecho positivo es aquello que permite obtener conocimiento científico.

Ello quiere decir que la concesión de valor científico al conocimiento jurídico *no se funda*, como puede aparecer de una lectura superficial de la obra de KELSEN, en el principio de imputación, sino que se funda en la comprensión común general del fenómeno *derecho positivo*[13]. El agnosticismo metafísico de KELSEN se revela aquí en toda su magnitud: en la creencia en que nuestra limitación en la interpretación común

---

[9] Similar HEIDEMANN, 1997: 18; 2000: 265; PAULSON, 2006: 533-534.

[10] KELSEN, 1916: 37.

[11] Ni siquiera Hermann COHEN, sin embargo, tenía una comprensión de esta clase. En COHEN los métodos de generación de conocimiento son válidos en la medida en que sus aplicaciones tengan sustento racional. Ese es el caso, por cierto, de las ciencias empíricas, pero también de las matemáticas y de la ciencia jurídica. Precisamente por ello es que la lógica y la ética tendrían también valor cognitivo.

[12] *Vid.*, por ejemplo, KELSEN, 1928: 273 y ss.

[13] El reconocimiento de KELSEN de que su obra se enmarca, ante todo, en la tradición de K. F. VON GERBER, P. LABAND y G. JELLINEK —los grandes impulsores de una forma de positivismo en la dogmática del derecho público en Alemania—, en la *Teoría General del Estado* (KELSEN, 1925: xvii), también es demostrativa de esto.

de la realidad a la interpretación causal solo es superada gracias al *factum* del derecho positivo, esto es, gracias a la capacidad de reconocimiento de deberes válidos a partir de un conjunto de convenciones reales que permiten dicha interpretación[14]. No se trata, de este modo, de que el principio de imputación tenga una entidad particular que asegure el carácter científico del derecho; al contrario, el principio de imputación no es más que la estructura del derecho positivo mismo y su aplicación solo es científica cuando es aplicada a él. Por lo mismo, no se trata de que exista algo así como un principio *a priori* inserto en nuestro entendimiento; al contrario, nuestro entendimiento objetivo del derecho se encuentra fundado en la existencia del derecho positivo, cuya comprensión correcta supone la asunción de algo así como el principio de imputación.

KELSEN jamás lo habría expresado de esta forma, porque alegaría que una descripción de esta clase supone una cierta confusión entre ser y deber, pero en el fondo en su obra no hay más que una comprensión pragmática (o «constructivista») sofisticada del derecho: la idea de que el derecho positivo forma un segundo reino de conocimiento, el deber, conformado por los propios sujetos que lo conocen, no es más que la afirmación de que el derecho es una práctica de extensión casi universal y que, por lo mismo, se encuentra universalmente extendida en sus postulados generales de reconocimiento de la práctica[15].

2.2. ¿La ciencia reducida a las ciencias naturales y a las ciencias jurídicas?

La teoría del conocimiento de KELSEN no solo excluye cualquier posibilidad de conocimiento normativo más allá del derecho positivo. Su tesis reduccionista va mucho más lejos: solo el conocimiento de la naturaleza a partir de la ordenación de la materia mediante el principio de causalidad y el conocimiento del derecho positivo a partir de su ordenación mediante el principio de imputación pueden ser considerados científicos.

En la tesis de KELSEN es así posible reconocer dos tipos de reducciones: un *dualismo* metodológico y un escepticismo ético. La segunda reducción[16], si bien sumamente controversial, constituye un tópico comúnmente discutido en la filosofía desde la Antigüedad. La idea de que el conocimiento normativo moral no tiene al menos el mismo status que el conocimiento empírico causal no es autoevidente, pero tiene verosimilitud y goza de una amplia popularidad en la filosofía. En cambio, la idea de que más allá del popular conocimiento científico natural el único conocimiento científico posible sea el conocimiento jurídico solo puede parecer extravagante[17]. Los propios

---

[14] *Vid.* la clara exposición de la pretensión agnóstica del positivismo kelseniano en KELSEN, 1928: 276 y ss.

[15] Precisamente lo anterior hace que la famosa crítica de HART a la norma fundante básica, a partir de la reducción de la norma de reconocimiento última a la condición de práctica, no tenga diferencias esenciales con su objeto criticado.

[16] En qué medida ese escepticismo ético es compatible con la valoración evidente del potencial de control del derecho constantemente resaltado por KELSEN, es algo que se deja dudar. Así también RUIZ MANERO, 2010: 38 y ss.

[17] Casos como las matemáticas o la lógica se ven excluidas, por cierto, de este tratamiento, a causa de su carácter de disciplinas analíticas y no, como las ciencias, sintéticas. Eso no quiere decir, por cierto, que no gocen de una pretensión de racionalidad equiparable o superior a estas.

neokantianos habrían postulado otros principios antes que el principio de imputación: el principio de finalidad en STAMMLER[18] o el principio de relevancia como valor de las ciencias culturales en RICKERT[19] constituyen reconstrucciones metodológicas al menos mucho más extensas que el principio de imputación.

La tesis de KELSEN, sin embargo, parece ser que solo en la interpretación jurídica del mundo puede encontrarse un conjunto de convenciones cuya extensión sea igualmente amplia para asegurar comprensión objetiva común. Esta reducción de KELSEN permite confirmar el punto de la sección anterior: imputación no es un principio metafísico trascendental, sino un presupuesto pragmático trascendental de una práctica de extensión casi universal. El argumento a este respecto puede construirse por analogía con las ciencias naturales: el funcionamiento del derecho positivo, o incluso la mera asunción de su existencia, suponen un conjunto de convenciones interpretativas comunes de la realidad que hace posible la síntesis de forma equivalente a la constitución común de la naturaleza. Esas asunciones podrían ser tratadas correctamente como existentes porque el derecho funcionaría en su capacidad de entregar un marco de comprensión común, por lo que el conocimiento jurídico debiera ser considerado científico[20].

Pese a la aparente extravagancia del dualismo epistemológico de KELSEN, este es central en su obra. Buena parte del contenido de su teoría del derecho tiene por objeto disolver aquello que no es compatible con la estructura básica de la comprensión común del derecho positivo: los conceptos eliminados y disueltos, en general, en la estructura de la norma, lo son por tener un supuesto carácter metafísico incompatible con el conocimiento posible revelado por su teoría del conocimiento.

2.3. Validez como compromiso ideológico objetivo común: el principio de imputación y la norma fundante básica

La teoría de la validez de KELSEN es una producción de su teoría del conocimiento. Válidos son los enunciados normativos que implican correcta aplicación del principio de imputación a su objeto, es decir, todos aquellos enunciados normativos que integran al derecho positivo. Como los enunciados normativos solo pueden ser científicamente conocidos bajo existencia de un conjunto de convenciones que lo garantice (el derecho positivo), la afirmación de la validez implica lógicamente la afirmación de la obligatoriedad del enunciado normativo en cuestión y asimismo implica lógicamente pertenencia a un sistema jurídico positivo. El concepto de validez aparece así caracterizado en la obra de KELSEN: validez es a veces descrita como obligatoriedad[21] (o «existencia» de la norma)[22], pero en su tratamiento es explicado a partir de la *pertenencia* al ordenamiento jurídico[23]. Si bien esta multiplicidad de caracterizaciones de la validez

---

[18] *Vid.* STAMMLER, 1925: 400 y ss.
[19] *Vid.* RICKERT, 1926: 81 y ss.
[20] Al respecto, *vid.* solo HEIDEMANN, 1997: 46 y ss.; y WILENMANN, 2014: 55 y ss. con nota 49.
[21] KELSEN, 1960: 196.
[22] *Ibid.,* 9.
[23] *Ibid.,* 196 y ss.

tiende a ser criticada a causa de una supuesta inconsistencia, en realidad se trata de conclusiones que son interdependientes en el sistema de KELSEN.

Esta interdependencia se confirma cuando uno reconoce el carácter circular de la construcción. Considerado estáticamente, el juicio de validez es obtenido a partir de aplicación correcta del principio de imputación. Con ello, la estructura del objeto respecto del cual puede afirmarse su validez es la estructura de una regla. Pero esa descripción de la validez supone ya la conformación del objeto del que se quiere obtener conocimiento (el derecho positivo), lo que en el ámbito del derecho positivo tiene lugar mediante una prestación anterior que también tiene la forma de la aplicación del mismo principio sintético y que también se integra en el conjunto de convenciones que constituyen al propio objeto. En esto, conocimiento científico natural y conocimiento científico normativo se diferencian claramente: mientras el objeto del primero es asumido como independiente de los actos que permiten su conocimiento, el objeto del segundo se integra en el esquema de los mismos actos que permiten su conocimiento. Hablar del todo de un objeto «derecho positivo» que pueda ser conocido normativamente implica postular la posibilidad de conocimiento normativo, el que depende a su vez de la existencia de un objeto cuyo conocimiento tenga la forma del conocimiento normativo, todo lo cual es circular[24]. La estructura circular de este postulado es la norma fundante básica: como la posibilidad del derecho depende de la posibilidad de su conocimiento, pero la posibilidad de su conocimiento depende a su vez de la existencia del derecho mismo, el fundamento de la validez del derecho solo puede encontrarse en la afirmación dogmática de la existencia de la convención[25]. La norma fundante básica es así la explicitación del compromiso ideológico común que constituye al derecho positivo.

Por supuesto, en la Teoría Pura del Derecho, el postulado de la existencia de una norma fundante básica no es efectuado a partir de reflexiones sobre las relaciones entre conocimiento normativo y conformación del objeto de conocimiento, sino a partir de una reflexión sobre la conformación dinámica de un sistema de normas válidas y, con ello, asume una estructura temporal y no estática[26]. Pero la expresión dinámica de la norma fundante básica es en realidad un resultado de la propia estructura circular de la comprensión de KELSEN de la validez del derecho positivo. Es precisamente el hecho de que la validez sea la expresión de una comprensión sintética común manifestada en el reconocimiento de un objeto normativo dependiente de esa comprensión común, la que a su vez solo tiene sentido en relación con ese objeto conformado por ella, la que hace que la validez tenga que ser dogmáticamente postulada[27]. Ello ciertamente se hace mucho más fácil de ver cuando uno reconstruye las cadenas de validez como

[24] Sobre la diferencia del conocimiento en ámbitos que pueden ser reconstruidos a partir de una pragmática descriptiva respecto de otra clase de pragmática (en general ligada a una deontología), *vid.* SEARLE, 2010: 73 y ss.

[25] En el fondo similar ALEXY, 1992: 143: «El problema interno [del concepto jurídico de validez] se deriva del hecho de que la validez jurídica presupone validez jurídica y parece, por ello, ser circular. ¿De qué otra forma puede ser descrito un "órgano competente" o la promulgación de la ley "en la forma prevista para ella"?».

[26] En todo, *vid.* KELSEN, 1960: 200 y ss.

[27] Este carácter de postulación dogmática y no justificable es, por cierto, ampliamente admitido por el propio KELSEN. Así, por ejemplo, KELSEN ,1928b: 278.

KELSEN, pero pese a la mayor claridad de la exposición dinámica de esta consecuencia, su origen se encuentra en la comprensión misma de la validez. Esto es obvio a causa de la necesidad de reconocer una norma fundante básica no solo en sistemas dinámicos, sino también en sistemas estáticos, algo que es reconocido explícitamente por el propio KELSEN[28]. Por ello, la caracterización de la norma fundante básica como presupuesto lógico trascendental[29] no es completamente precisa. El método trascendental supone una diferenciación entre el objeto cuya existencia se da por cierta y el objeto cuya existencia se deduce de la necesidad de la forma del primer objeto. En el caso de la norma fundante básica, ella especifica una condición bajo la cual el objeto tiene lugar del todo: sin asunción común de la comprensión normativa del mundo el derecho no es simplemente un noúmeno inaccesible, sino que simplemente no tendría existencia.

Lo anterior permite comprender un aspecto de la Teoría Pura que tiende a ser erróneamente criticado, a saber, la supuesta confusión categorial que se encontraría implicada en el tratamiento de la eficacia en la obra de KELSEN. Como es sabido, KELSEN sostiene en la Teoría Pura del Derecho que la validez de las normas solo puede postularse respecto de un sistema generalmente eficaz[30]. No es poco común encontrar críticas a KELSEN, en el sentido de que esa afirmación implicaría reconocimiento de la falsedad (o traición) del postulado de distinción lógica entre ser y deber[31]. Sin embargo, esa afirmación no contradice la distinción (en la forma en la que es postulada por KELSEN), sino que se deduce de ella. Como el conocimiento normativo solo es posible allí donde existen convenciones comunes que permitan postular un principio sintético con extensión suficiente para ello, y solo el derecho positivo expresa esto, el deber solo puede existir allí donde haya eficacia de un sistema jurídico. O, expuesto en términos pragmáticos, el postulado de la verdad de las condiciones de sentido de una práctica solo tiene él mismo sentido ante existencia de la práctica.

2.4. La estructura de la norma (el principio de imputación) como categoría objetiva excluyente de conocimiento jurídico. Sobre la acusación de logicismo

La teoría del conocimiento jurídico de KELSEN tiene una pretensión parcialmente metafísica, pero sus consecuencias centrales son estructurales y metodológicas. Es esta clase de consecuencias aquello que, como veremos, tiene incidencia directa en la etapa de realización negativa del programa. Las consecuencias en cuestión pueden ser fácilmente explicadas del siguiente modo: en tanto teoría metafísica, la teoría de KELSEN supone una cierta ontología de las normas y de la validez. Las normas serían el sentido de actos interpretados a través de normas que a su vez les otorgan sentido[32], todo lo cual podría ser reducido a la estructura de la imputación. La teoría del conocimiento jurídico permite, en primer término, justificar esta comprensión de las normas. Pero, al mismo tiempo, ella tiene una pretensión de limitación en la comprensión del derecho:

---

[28] KELSEN, 1960: 198 y ss.

[29] *Ibid.,* 204 y ss.

[30] *Ibid.,* 218 y ss.

[31] Así por ejemplo BULIGYN, 2005: 81. La misma crítica tiende a plantearse respecto de la idea, expuesta en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, de enunciados descriptivos de deber ser.

[32] KELSEN, 1960: 3 y ss.

como aquello cuyo conocimiento normativo es posible tiene la estructura de la norma, el conocimiento del derecho se agota en enunciados normativos que puedan tener esta estructura. La idea de que el conocimiento del derecho tiene que reducirse a esta estructura, la que en tanto estructura «objetiva» y con contenido determinado permitiría manejo científico, es un tópico que se encuentra presente en la obra de KELSEN desde los *Hauptprobleme*.

La estructura de la norma en KELSEN es homogénea. No toda proposición que incluya el verbo «deber» es una norma, sino que el deber tiene que encontrarse especificado por una sanción. Una regla del tipo «no debes matar» no es una norma (primaria) en sentido kelseniano. Norma solo es la proposición que indica que a un supuesto de hecho determinado debe seguirle una consecuencia, con lo que se dirige principalmente a los funcionarios encargados de su aplicación (jueces). La distinción puede ser sencillamente explicada por medio de la comparación de dos formas de comprensión de normas penales. Así, la norma que instituye el delito de homicidio puede ser considerada una prohibición de matar, pero es también un mandato de aplicación de un castigo en caso de verificarse un homicidio. De acuerdo a KELSEN, solo la segunda proposición es una norma real. Por supuesto, la aplicación de la pena solo tiene sentido si el autor efectivamente mató a otro, con lo que la postulación de una norma secundaria del tipo «está prohibido matar» no es absurda —al contrario, se encuentra implícita al postular un vínculo de imputación entre la aplicación de la sanción penal y el sujeto—[33], pero su existencia sería superviniente al establecimiento de la obligación de sancionar[34]. Esto, de nuevo, muestra la dependencia de la teoría del derecho de KELSEN de una práctica en funcionamiento, a saber, el derecho moderno y la institucionalización de la coacción en organismos estatales. El objeto de la teoría es la reconstrucción racional del fenómeno moderno de regulación positiva del uso estatal de la coacción.

La pretensión de reducir el estudio del derecho a la explicitación de enunciados normativos de este tipo requiere, por cierto, de fundamentación. Por una parte, no es inmediatamente claro qué hace que solo las normas con esta estructura sean cognoscibles. Una teoría de las normas dualista, por ejemplo, puede pretender postular al mismo nivel de objetividad. El tipo de críticas que a este respecto pueden formularse a KELSEN (o, al menos, a algunos de sus seguidores) son conocidas: una teoría de esta clase no permitiría distinguir entre impuestos y sanciones, lo que daría cuenta de inverosimilitud en su capacidad de descripción del derecho[35]. La discusión a este respecto es puramente estructural. Pero, por otra parte, la pretensión de la reducción del estudio del derecho a la explicitación descriptiva de enunciados normativos implica necesariamente dejar fuera de consideración otros tipos de problemas —por ejemplo, problemas de fundamentación en sentido estricto de interpretaciones, algo expresamente reconocido por KELSEN—, con total independencia de que la teoría de las normas caiga, o no, en el monismo kelseniano. La primera crítica depende, por ello, de una discusión metodológica de precisión. La segunda crítica trasciende este aspecto y vuelve, con ello, a la discusión del núcleo del programa de KELSEN.

---

[33] *Ibid.,* 120 y ss.
[34] *Ibid.,* 116 y ss., y 120 y ss.
[35] *Vid.*, por ejemplo, RENZIKOWSKI, 2001: 110 y ss.; o RUIZ MANERO, 2010: 42.

En la discusión de las teorías de KELSEN, la segunda crítica ha sido, con buenas razones, más relevante. Sus consecuencias son mucho más radicales que las limitaciones estructurales a las que apunta el primer tipo de críticas. No solo los problemas de legitimación del sistema en general quedan fuera de consideración propiamente jurídica, sino que el estudio del sentido de las instituciones es desplazado fuera del ámbito de la ciencia del derecho. El aislamiento de KELSEN durante la discusión de teoría del Estado y teoría del derecho en Weimar es el resultado, en buena medida, de esta reducción. La descripción de Erich KAUFMANN en 1921 es a este respecto ilustrativa:

> Solo una metafísica radicalmente logicista pueda fundar el convencimiento de Kelsen de que el ideal del monismo jurídico universal puede aportar en algo a su realización. [...] La metafísica de este logicismo racionalista tiene algo tan grotesco que se convierte en algo casi grandioso. (KAUFMANN, 1921: 29).

El tipo de razones que explica la asunción de una metodología con este nivel de radicalidad es variado. Pero, en el nivel interno de la teoría, su radicalidad se presenta como una derivación directa de los fundamentos de esta. Así, buena parte de las críticas expuestas por KELSEN a conceptos de la ciencia del derecho que exceden este umbral se refieren a su falta de contenido real y, ante todo, a su supuesto contenido ideológico[36]. Esto es, buena parte de los conceptos de la ciencia del derecho que son destruidos o reconstruidos objetivamente por KELSEN son así atacados en dos frentes: KELSEN pretende demostrar que tienen tanto un contenido ideológico inmanente (son conceptos morales) como un sustrato fáctico incompatible con la metodología del derecho (típicamente sucede esto con conceptos con contenido psicológico), o al menos uno de ellos. La realización negativa del programa es, en lo esencial, esta especie de batalla en dos frentes librada por KELSEN. El ejemplo más evidente a este respecto se da en la crítica a la idea de derecho subjetivo[37].

En el lenguaje kelseniano, es por ello usual encontrar calificaciones peyorativas construidas a partir de estos dos modos alternativos de privación de status objetivo a tesis rivales, a saber, naturalismo o ideología. Ambas críticas se vinculan ciertamente a obsesiones de KELSEN desde sus trabajos tempranos, pero en la formulación de su programa se derivan directamente de algunos de sus postulados centrales. La crítica de naturalismo deriva, obviamente, de su concepción de la distinción radical entre ser y deber. La crítica de ideología (o de «metafísica») es el correlato de su concepto de objetividad y cientificidad: aquello que no puede ser sintéticamente determinado no es objetivo ni científico, por lo que las discusiones a este respecto son ideológicas, es decir, relativas a intereses y, en cualquier caso, no adjudicables. El escepticismo moral, que en principio parece derivarse de la teoría del conocimiento jurídico, viene de esta forma a servir de sustento a las limitaciones que impone esta teoría del conocimiento. Por lo mismo, este requiere de fundamentación independiente. En esto, los argumentos que KELSEN entrega para sostener su comprensión escéptica no son particularmente convincentes, y recuerdan mucho más que otras construcciones de KELSEN a la pura búsqueda de certeza del positivismo tradicional. En buena medida,

---

[36] Al respecto, *vid.* solo DREIER, 1990: 27 y ss.; y PAULSON, 1990: 160 y ss.

[37] Al respecto, con más detalle, HAMMER, 2005: 176 y ss.

la crítica de KELSEN se concentra en la pretensión de la tradición del derecho natural de desconocer el carácter de derecho a normas o sistemas injustos. Según KELSEN, el tipo de actitud al que esta pretensión lleva sería especialmente acrítico: siempre serían sistemas jurídicos ajenos, pasados o hipotéticos aquellos que no merecerían reconocimiento[38]. Si bien esta observación sociológica tiene cierto correlato histórico[39], la crítica se refiere solo a la pretensión más inverosímil de los defensores de alguna clase de optimismo ético. En la cuestión específica, por ejemplo, de la relevancia de los argumentos al menos parcialmente morales en la interpretación, el argumento no tiene el mismo peso.

La fijación de KELSEN en el combate a la supuesta ideología que anima a la jurisprudencia que no separa derecho y moral se ve fundada, paradójicamente, en una representación ética, a saber, la idea de que el valor central del derecho moderno se encontraría en el otorgamiento de certeza y protección[40], lo que se deja resumir bajo el concepto de Estado de derecho[41]. En ninguna parte de su obra puede notarse tan nítidamente este espíritu político como en la frase final del que sea probablemente el primer artículo relevante sobre teoría del Estado publicado por KELSEN, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, de 1913. En él, el programa de KELSEN se ve definido oponiendo una concepción legítima del Estado a una concepción autoritaria:

> Si uno agrupa estas relaciones bajo el concepto del *jus publicum*, entonces la oposición entre derecho privado y derecho público es entendida como una oposición entre el derecho verdadero y un no-derecho, el poder libre de derecho, el que falsamente se arrogaría el nombre de derecho. La conservación de estos criterios significa entonces dejar en el Estado de derecho un resabio del Estado policial, una tendencia teórica que no está libre de intenciones políticas. Una sistemática jurídica adecuada a la idea de Estado de derecho todavía no ha sido desarrollada.
>
> Pero la idea de Estado de derecho no ha sido superada, su completo desarrollo lógico es la tarea del futuro (KELSEN, 1913: 1253)[42].

Los aspectos fundamentales de la obra de KELSEN, su concepción del conocimiento jurídico y de la validez y, derivativamente, de la ciencia del derecho, definen de esta forma su programa. El programa tiene por objeto otorgarle un carácter verdaderamente científico al derecho, lo que en KELSEN significa disolver y reemplazar todos los conceptos jurídicos capitales que no puedan ser reducidos a la estructura de la norma.

---

[38] KELSEN, 1960: 70-71.

[39] Tanto la experiencia europeo-central de KELSEN como la experiencia chilena o argentina durante las dictaduras militares parece confirmar el punto: en ambos casos, buena parte de los conservadores interesados en la defensa de la idea de derecho natural no fueron especialmente críticos con regímenes evidentemente inmorales. *Vid.*, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, 2000: 184.

[40] Similar RUIZ MANERO, 2010: 40 y ss.

[41] Una interpretación completa de la obra de KELSEN como pretensión de exaltación de ese valor puede encontrarse en VINX, 2007: *passim*.

[42] Buena parte de la frase solo se entiende a la luz de la comprensión tradicional del derecho en el espacio de habla alemana antes de la revolución de 1918. La teoría del Estado y del derecho del Estado tendía a entenderlo como un sujeto libre de derecho. Al respecto, *vid.* solo MÖLLERS, 2008: 15-22.

3. HACIA UN DERECHO SIN METAFÍSICA Y SIN IDEOLOGÍA: REFUTACIÓN Y DISOLUCIÓN DE CATEGORÍAS CONFLICTIVAS. EL ASPECTO NEGATIVO DEL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE KELSEN

3.1. Introducción: el conflicto como método

Pese a que ya los aspectos de la obra de KELSEN que pueden ser reconstruidos como fundamentación de su programa tienen un contenido polémico, su forma de exposición en estos ámbitos es mucho menos dialógica (y polémica) que en la realización de su programa. En su segundo estadio lógico, no ya la formulación, sino la *realización* del programa, este tuvo en cambio la forma casi constante de un ataque[43]. Esto es por supuesto consistente con su pretensión de disolución de las categorías tradicionales de la ciencia del derecho[44]. Parte de la pasión científica de KELSEN se nota, sin embargo, en la intensidad del desarrollo de esa polémica[45].

La estructura dialógica de la realización del aspecto negativo del programa produce, al mismo tiempo, que buena parte de su contenido se juegue en relación con conceptos atacados por KELSEN. En un estudio sin pretensiones de completitud, no es posible referirse a todos los conceptos centrales atacados y redefinidos por KELSEN. Solo pretendo centrarme en tres de ellos para ilustrar la forma en que se desarrolló el programa: el concepto de derecho subjetivo, el concepto de persona y la idea de interpretación. Estos tres casos, que tematizan tanto conceptos sustantivos como procedimientos de la ciencia del derecho, debieran servir como ilustración suficiente de la pretensión negativa de KELSEN.

3.2. KELSEN frente a la dogmática tradicional del derecho privado: la disolución de la noción de derecho subjetivo en la estructura de la norma

La función crítica de la comprensión kelseniana del derecho pretendió reconocer ya desde los *Hauptprobleme* un concepto conflictivo en la noción de derecho subjeti-

---

[43] *Vid.* KORB, 2010: 2.

[44] Similar LEPSIUS, 2013: 242-243.

[45] En esto, la cultura jurídica alemana ha retenido ante todo frases particularmente agresivas tomadas del intercambio con Rudolf SMEND. La obra de SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht,* tendría «una completa falta de consistencia sistemática, una evidente falta de seguridad en su estructuración, la que esquiva la toma de decisiones claras, y prefiere quedarse en alusiones indirectas, cargando cada posición que sea mínimamente comprensible con limitaciones preventivas; más allá de esto, un estilo lingüístico oscuro y pesado, relleno con palabras extrañas que se dejan explicar solo a medias» (KELSEN, 1930: 2). Heinrich TRIEPEL habría por lo mismo descrito el texto crítico de KELSEN como formulado en «un tono excepcionalmente duro, a menudo burlesco e hiriente, lo que no se puede justificar en el hecho que SMEND tampoco haya sido excepcionalmente amable en el trato con opiniones distintas a las suyas». Citado por KORIOTH, 2013: 39. Esto no es, por supuesto, algo que haya ejercido solo KELSEN: a su respecto la polémica también se desarrolló con una intensidad que pudo derivar incluso en antisemitismo. Pese a tener lugar algunos años después del fin de la gran controversia sobre teoría del derecho y del Estado en Alemania, las palabras de Carl SCHMITT al cierre del famoso congreso organizado por este en 1936 sobre «El judaísmo en la ciencia del derecho» son tal vez la más fuerte manifestación de la violencia de la polémica respecto a KELSEN, al recordar «con qué descaro la escuela de Viena del judío Kelsen se citaba solo a sí misma, con qué para nosotros alemanes incomprensible crueldad y falta de vergüenza despreciaban a otras opiniones».

vo. En tanto concepto central del derecho privado, con pretensiones de extensión al derecho público bajo la forma de derechos subjetivos públicos, la pretensión de disolución del concepto de derecho subjetivo era evidentemente polémica. Esto puede ser confirmado no solo por el reconocimiento del propio KELSEN del carácter crucial que para la ciencia del derecho tiene el concepto de derecho subjetivo)[46], sino por la forma en que la idea de derecho subjetivo fue tratada por este: buena parte del tratamiento se desenvolvió como crítica a exposiciones particularmente influyentes en la historia de la ciencia jurídica.

En los *Hauptprobleme* algunos de los grandes nombres históricos de la dogmática jurídica alemana aparecen directamente criticados por KELSEN en relación a la noción de derecho subjetivo (ante todo IHERING[47] y WINDSCHEID[48], en tanto expositores conspicuos de la teoría del interés y de la teoría de la voluntad, respectivamente). Con posterioridad, la cuestión siguió siendo tematizada en el área de interés directo de KELSEN, el derecho público.

Los problemas que, de acuerdo a KELSEN, pueden observarse en la noción de derecho subjetivo serían de al menos dos clases. Se trataría, por una parte, de problemas estructurales i). Por otra parte, el concepto de derecho subjetivo tendría una semántica realista e ideológica teóricamente inadecuada a un derecho que pretende construirse como objeto de conocimiento ii). Se trata, en este sentido, de aplicaciones directas de los elementos que conforman al núcleo del programa.

i) Las críticas estructurales al concepto de derecho subjetivo son a su vez de dos clases. El problema estructural menos relevante se vería constituido por su falta de conciencia frente al aspecto central que caracterizaría al derecho como orden social, a saber, su calidad de orden coactivo. Dado que la comprensión del derecho debiera expresar su condición de orden coactivo, la construcción de conceptos desligados de la administración de la coacción sería inadecuada de acuerdo a KELSEN. El exceso de fijación en el aspecto facultativo de privados que tendría la noción de derecho subjetivo haría asó olvidar aquello que en definitiva sería verdaderamente reglado por el derecho: la obligación subjetiva coactivamente exigible[49]. Algo similar podría decirse *del* derecho subjetivo: la propiedad. La caracterización de la propiedad como derecho subjetivo haría perder de vista que lo verdaderamente relevante tiene lugar en la esfera de todos los otros sujetos de derecho, a saber, el reconocimiento de obligaciones generales de abstención a su respecto[50].

Esta forma de la crítica no es particularmente convincente: que la potestad aparezca como fragmento de la norma o como norma independiente, relevante en la configuración de obligaciones, no es algo decisivo en la capacidad de rendimiento del concepto. Mucho más relevante es, en cambio, una segunda crítica estructural: la noción de derecho subjetivo sería ambigua en relación a aquello que pretendería designar.

---

[46] «No incurrimos, evidentemente, en ninguna exageración si afirmamos que, de todos los conceptos jurídicos fundamentales, es precisamente este del subjetivo el más estudiado, el más discutido en la teoría» (KELSEN, 1987: 494).

[47] KELSEN, 1923: 497 y ss.

[48] *Ibid.,* 509 y ss.

[49] *Vid. ibid.,* 494.

[50] *Ibid.,* 496; KELSEN, 1934, 45 y ss.

Así, el concepto llevaría confusión al designar del mismo modo tanto *el correlato* de una obligación (un crédito) como *la fuente* normativa de una obligación cuando ella es creada en ejercicio de potestades privadas concedidas por el derecho (una potestad). El concepto de derecho subjetivo tendría así aplicación tanto para designar derechos personales o reales como para designar facultades normativas relevantes en la generación de obligaciones. Por supuesto, la distinción parece colapsar precisamente en el área de mayor interés para KELSEN, esto es, tratándose de la concesión de la facultad de solicitar la aplicación coactiva de la sanción jurídica mediante el ejercicio de una acción[51]. Pero que la obligación aparezca de esta forma ligada a la facultad de solicitar su cumplimiento coactivo no implicaría que no haya una diferencia lógica: llamar precisamente a todo esto derecho subjetivo es lo que haría ciego a estas diferencias. Y, en lo que sería aún más confuso, la utilización constante del concepto de derecho por parte de la teoría del derecho natural racional para tematizar a la libertad política haría que el concepto termine teniendo una ambigüedad e imprecisión insalvable: la idea de un derecho subjetivo (público) a la libertad, por ejemplo, sería conceptualmente incompatible con la dependencia central del concepto de derecho de la posibilidad de afirmar la existencia de obligaciones exigibles coactivamente[52].

ii) Por otra parte, el concepto de derecho subjetivo tendría una fijación ideológica y teórica que lo haría jurídicamente deficiente. La fijación ideológica sería apreciable en el origen del concepto. El derecho subjetivo sería la conceptualización de la pretensión de la teoría del derecho natural racional en su reacción al absolutismo, a saber, justificar la fijación de límites políticos al soberano[53]. Esto no solo implicaría el involucramiento de una semántica política en un contexto cuyos conceptos debieran tener pretensiones cognitivas —la confusión estructural antes reseñada sería manifestación de ello—, sino además el mantenimiento de una semántica ligada a un contexto político ajeno. Con ironía, KELSEN citaba a JELLINEK para demostrar su punto: la afirmación de que sin la noción de derechos subjetivos no existiría una comunidad jurídica sino una comunidad conformada exclusivamente por esclavos[54] puede haber tenido sentido en el contexto político en el que sirvió —la liberación de la burguesía—, pero no tiene literalmente ningún sentido si se la priva de su aspecto político; una comunidad de esclavos es, por cierto, una comunidad jurídica especialmente diferenciada. La idea de derecho subjetivo parece así revelar antes un compromiso con una ideología que dignidad cognitiva[55].

Por otra parte, tanto la teoría de la voluntad como la teoría del interés demostrarían que al concepto de derecho subjetivo le subyacería una semántica realista —el derecho se origina en un acto volitivo o de deseo— que se encontraría en ruptura con el carácter normativo del derecho. En buena medida, el concepto de derecho subjetivo aparece así como cristalización de las dos tendencias metodológicas que la ciencia del

---

[51] Esta triple confusión es el centro de la crítica a la teoría de la voluntad. *Vid.* KELSEN, 1925: 74.

[52] KELSEN, 1923: 495. Similar KELSEN, 1925: 77-78, quien advierte un ánimo de limitación de las potestades del Estado en la semántica de los derechos subjetivos.

[53] KELSEN, 1923: 77-78.

[54] KELSEN, 1925: 78.

[55] Esto es un tópico que se mantiene en buena parte de sus escritos anteriores al exilio. También en la primera edición de la Teoría Pura puede reconocerse una crítica de este estilo a los grandes comentaristas del concepto de derecho público, aquí por referencia a otro de los miembros de las pandectas, PUCHTA. KELSEN, 1934a, 42.

derecho debiera evitar: realismo, ligado tanto al concepto de interés[56] como al concepto de voluntad bajo una comprensión psicológica; o metafísica insostenible, ligada a la versión ideológica del concepto de voluntad.

Las dos partes del argumento de crítica a la teoría del derecho subjetivo aparecen de forma ejemplar en la convincente (aunque limitada) crítica a IHERING. De acuerdo a este, derecho subjetivo sería el interés jurídicamente reconocido; el fin protector perseguido por la norma al establecer un derecho. La comprensión de IHERING funcionaría así bajo una contraposición entre medio de protección y objeto de protección o, lo que es lo mismo, entre norma y fundamento[57]. El fin (el interés) sería la sustancia no normativa cuya protección es brindada por las normas[58]. La confusión que KELSEN cree advertir en esta construcción se dejaría resumir en la siguiente proposición: «El derecho es solo forma y no contenido, es protección y no lo protegido» (KELSEN, 1923: 619). Así, en la construcción de la teoría del interés, KELSEN cree reconocer dos problemas: por una parte, un problema estructural al designar con la misma palabra («derecho» objetivo y subjetivo) dos sustancias que la misma teoría reconstruye como distintas (norma y hecho). Lo central sería, sin embargo, su propia inverosimilitud: puede ser que el beneficiado con una potestad reconozca generalmente un interés en ello; también es sumamente probable que la legislación (casi) siempre mire a sustratos fácticos a los que pretenda favorecer. Pero de ello no se deducen dos consecuencias que según KELSEN debieran deducirse si el derecho subjetivo tuviera un vínculo inmanente con intereses: los derechos subjetivos (o, mejor, la facultad de exigir en ciertas condiciones el cumplimiento de obligaciones) se tienen con independencia del interés actual en ellos[59] y con independencia incluso de la posibilidad de tener intereses a su respecto; y la tenencia de un interés privado con cierta protección jurídica no implica que ello sea un derecho subjetivo.

En sus consecuencias, buena parte de la crítica de KELSEN a la idea de derecho subjetivo parece ser mucho menos disruptiva de lo que ella misma cree amenazar. En lo esencial, la confusión estructural que KELSEN cree reconocer en la noción de derecho subjetivo implica solo una pretensión de reemplazo por términos más precisos: aquello que quiere expresarse mediante el concepto de derecho subjetivo debiera reemplazarse por un concepto no tenga un sustrato ideológico o psicologizante y que no impida percibir la dimensión coactiva del derecho, siendo así insertable en el esquema de la estructura de la norma. El ejercicio de esta clase de poderes de creación de normas es de este modo reducido a la noción de potestad o poder («*Berechtigung*»), esto es, a un concepto que no se encuentra en ningún caso en ruptura con la semántica tradicional del derecho[60].

Pese a la apariencia poco disruptiva del reemplazo estructural de KELSEN, el tipo de conclusiones a las que lleva es resaltado por él mismo: una potestad, en el sentido

---

[56] KELSEN, 1923: 498: «(e)l interés es un sustrato de hecho puramente psíquico y de naturaleza, concretamente, psíquico-individual, acerca de cuya existencia decide, exclusivamente, el estado de ánimo del individuo». Similar KELSEN, 1985: 72.

[57] Así también KELSEN, 2005: 72-73.

[58] KELSEN, 1923: 498.

[59] KELSEN, 1985: 73.

[60] KELSEN, 1985: 74-75.

de una condición para la aplicación de una consecuencia coactiva, es ante todo el ejercicio de la acción correspondiente, lo que implica que sean equiparadas con potestades privadas que condicionen la aplicabilidad de normas (por ejemplo, de celebrar contratos)[61]. Ello lleva a KELSEN a una reconstrucción del derecho, y en especial del derecho privado, ligada a la noción romana tradicional de la *actio*. El derecho estaría conformado así por el conjunto de condiciones que hacen procedente una consecuencia, incluido de forma central el ejercicio oportuno y formalmente procedente por parte de su titular de la acción correspondiente[62]. Esto parece ser un giro casi dramático: el administrativista radical, cuya crítica a las nociones tradicionales legadas por las ciencias del derecho privado y del derecho penal consiste en lo esencial en afirmar que estas debieran ser sustituidas, termina ofreciendo una concepción del derecho basado en acciones, es decir, una noción prácticamente romanista de derecho. Con ello, pese a la vehemencia de la crítica, el potencial de la teoría pura del derecho en este ámbito es limitado: ciertamente permite denunciar ciertas confusiones y, al mismo tiempo, tiene un poder de rendimiento relevante al mostrar la forma en que las potestades privadas se insertan en el derecho, en tanto contexto procedimental de exigencias coactivas, pero no va más allá de esto.

3.3. Persona e imputación central: la disolución del concepto sustantivo de persona en la estructura de la norma

Al igual que respecto de la noción de derecho subjetivo, KELSEN produjo una muy lúcida crítica al concepto de persona. La crítica a la noción de persona servía a KELSEN por varios motivos: ella era relevante no solo como lugar de prueba de representaciones centrales de la dogmática jurídica, sino que al mismo tiempo se trata de un concepto central en el área de interés dogmático directo de KELSEN, el derecho público, por la creencia extendida en que el Estado y sus órganos tienen personalidad. Para KELSEN, esta representación debía ser inmediatamente llamativa: bajo una comprensión naturalista del concepto de persona, la personalidad del Estado solo podría parecer o bien como ficción o bien como concepto real cuya función es designar la sustancia que se encuentra detrás del ordenamiento jurídico («el soberano»). Esta representación —la idea de que la personalidad requiere sustancia y su traslado al ámbito público en la sustantivización del Estado— sería metodológicamente insostenible de acuerdo a KELSEN[63]: si el objeto se constituye solo a partir del conocimiento, la distinción entre objeto a conocer y objeto conocido no tendría sentido, de la misma forma en que la tesis de JELLINEK en relación a que un mismo objeto (el Estado) puede ser conocido de dos formas distintas (sociológica y jurídica), sería incompatible con una teoría del conocimiento que asuma su estructura mediada por principios sintéticos[64]; la aplicación de dos principios sintéticos impediría lógicamente que el objeto conocido sea

[61] *Vid.,* con mayor detalle, HAMMER, 2005: 176-178.

[62] Ya en la crítica a IHERING en los *Hauptprobleme* KELSEN, 1923: 502-506, parece aceptar implícitamente la corrección de una comprensión «formal» de aquello que la noción de derecho subjetivo pretendería explicar como mero derecho a reclamar el cumplimiento coactivo de la obligación (*actio*).

[63] KELSEN, 1921: 83 y ss.

[64] KELSEN, 1922: *passim*.; KELSEN, 1985: 8.

el mismo. Pero precisamente la dependencia que muestra la teoría del Estado de la concepción de persona haría necesario clarificar qué se encuentra detrás de todas estas representaciones.

Parte de su crítica a la noción jurídica tradicional de persona se basa en una comprensión del concepto de ficción tomado de la filosofía de VAIHINGER, expuesta en particular en dos textos de los años 1919 y 1921[65], pero que sin citas explícitas se mantuvo incluso en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. VAIHINGER pretendió mostrar cómo las ciencias se sirven constantemente de designaciones y representaciones sabidamente irreales con el objeto de conocer la realidad. Este modo de proceder constituiría una «ficción». De acuerdo a su tesis, las ciencias jurídicas constituirían disciplinas paradigmáticas en la utilización del método del «como si» (*Als-ob*) en el conocimiento de su objeto[66]. Por supuesto, planteado en estos términos, la idea de ficción en las ciencias jurídicas solo podría ser inadecuada para KELSEN: como no se trata del conocimiento de un ser real en la ciencia jurídica, sino de normas, la idea misma de ficción *à la* VAIHINGER sería inaplicable. Las ficciones jurídicas, según KELSEN, tendrían que designar en cambio conceptos sabidamente imprecisos, pero cuya función sea permitir el conocimiento del objeto normativo en cuestión. Este sería el caso no solo de la noción de derecho subjetivo, sino también de sujeto del derecho (persona)[67] y su variante más radicalmente ficticia, la personificación del ordenamiento jurídico mediante el concepto de Estado[68].

El concepto de persona (y de Estado) sería así una ficción al pretender designar una realidad normativa mediante la representación de una realidad natural, para entregar «una imagen comprensible» (*ein anschauliches Bild*) de algo complejo[69]. Se trataría así de un concepto heurísticamente útil (asimilable al antropomorfismo sobre el que se construye el concepto de Dios en las religiones axiales occidentes) pero sin correlato sustantivo. Con ello, al permitir una representación sencilla de una entidad sin sustancia real como la norma mediante la ilusión de realidad, el concepto de persona cumpliría paradigmáticamente la función de una ficción en el sentido de VAIHINGER: su propia imprecisión permitiría tener una representación intuitiva de aquello que se quiere designar[70]. Como concepto genuinamente cognitivo, en cambio, el concepto de persona sería estructuralmente inadecuado: las ficciones, al designar indirectamente su objeto con el fin de clarificar por simplificación, tenderían a la larga a crear duplicida-

[65] KELSEN, 1919: 993 y ss., y KELSEN, 1921: 80 y ss.
[66] *Vid.* KELSEN, 1919: 993 y ss.
[67] KELSEN, 1919: 994 y ss.; KELSEN, 1960: 172 y ss.
[68] KELSEN, 1921: 80.
[69] *Ibid.*
[70] Analizada de cerca, la concepción de KELSEN de la persona jurídica como ficción tiene la notable elegancia de presentar una imagen convincente de una construcción conceptual cuya pretensión es exactamente contraria de aquella de la teoría que originalmente se valió de ese nombre: mientras la teoría de la ficción de SAVIGNY sostenía que la persona jurídica es la equiparación de una entidad irreal a una realidad natural (el ser humano) mediante normas (KELSEN, 1960: 176), según KELSEN el concepto de persona sería un concepto hermenéuticamente útil por la razón exactamente contraria, a saber, permitir una comprensión intuitiva más sencilla de la norma o del ordenamiento jurídico mediante la generación de la ilusión de la inclusión de una realidad natural (la «persona») en el concepto irreal de norma (KELSEN, 1919: 996) o mediante la asimilación de la estructura compleja del ordenamiento jurídico a la realidad naturalmente conocida de los deseos del ser humano (KELSEN, 1921: 80).

des innecesarias y contradictorias, es decir, impedirían reconocer la unidad del objeto realmente designado con los conceptos de los que se valen[71].

Correctamente considerado, la persona sería, en general, una parte necesaria del juicio de imputación (o, lo que es lo mismo, de la estructura de la norma)[72]. Como sabemos, el juicio de imputación no es más que un acto de aplicación de una norma y consiste, de este modo, en la unión de una condición a una consecuencia: la consecuencia jurídica debe ser aplicada porque sus condiciones de aplicación se cumplieron[73]. Parte de esas condiciones de aplicación, lo que KELSEN denomina «imputación central»[74], requerirían de identificación subjetiva tanto para atribuir la sanción[75] como para poder identificar al titular de una potestad cuyo ejercicio es condición de aplicación de la norma. En ambos casos, la identificación de la persona (la «imputación central») no sería más que una parte del juicio completo de imputación («periférica»).

El concepto de persona no sería así más que una técnica de tratamiento de la imputación central. Ciertos conceptos jurídicos («persona natural», «persona jurídica») cumplirían la función de vincular individuos naturales o colectivos, constituidos bajo una forma de relación determinada, a una consecuencia jurídica, haciendo depender su procedencia de un comportamiento anterior del sujeto o mediante la atribución de la consecuencia al sujeto en cuestión[76]. Al no ser más que una forma de designación de condiciones de la imputación, el concepto de persona podría ser, sin embargo, disuelto en la estructura de la norma[77].

Más allá de su aplicación a la teoría del Estado, la crítica a la noción (ética o sustantiva) de persona y su reconstrucción formal es sumamente esclarecedora y tiene un rendimiento crucial en las ciencias jurídicas, incluso hoy. Aquí, pese a que el tratamiento de la persona pueda ser identificado como parte de la realización negativa del programa, este tuvo además rendimientos positivos evidentes. La reconstrucción de la personalidad de KELSEN no solo permite entregar una representación más verosímil del problema de las personas jurídicas, sino que al mismo tiempo permite explicar, de mejor forma que una representación natural, las diferencias que el derecho tiende a hacer al reconocer «personalidad». Por ejemplo, el derecho tiende a tener una multiplicidad de conceptos contradictorios de personalidad en materias tales como derecho civil o derecho penal. Las reglas de capacidad (imputabilidad) son en ambas ramas del ordenamiento diversas y son al mismo tiempo diversas en relación con los distintos sub-sectores de la regulación. El conjunto de condiciones que un individuo tiene que reunir para que se le reconozcan derechos personalísimos es distinto a las condiciones

---

[71] KELSEN, 1921: 81.

[72] *Vid.* DREIER, 1990: 111 y ss.; HEIDEMANN, 1997: 73 y ss.

[73] *Vid.* PAULSON, 2006: 535.

[74] KELSEN, 1934a: 22 y ss. Al respecto, con mayor detalle, HEIDEMANN, 2005: 17 y ss. En la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho (KELSEN, 1960: 154, nota a pie de página), KELSEN advierte explícitamente que la distinción original entre el concepto de imputación periférica y el concepto de imputación central ha sido reemplazado por el concepto de «atribución» (*Zuschreibung*), a causa de las confusiones que generaba la terminología originalmente elegida.

[75] Pese a ello, según HEIDEMANN, 2005: 22-23, esa forma de imputación podría ser completamente descrita por el concepto de imputación en sentido estricto (periférica), con lo que KELSEN no habría aplicado aquí el concepto de persona o imputación central.

[76] KELSEN, 1934a: 52 y ss.

[77] *Vid.* también KELSEN, 1960: 122.

que debe reunir para obligarse, y asimismo la atribución de consecuencias jurídicas a su respecto varía en distintas ramas. De la misma forma, personalidad, en el sentido de reconocimiento de un patrimonio al que se asignan distintos derechos y obligaciones, puede ser otorgada a entidades con características ontológicas completamente disímiles: individuos, asociaciones de individuos determinados o incluso asociaciones de individuos indeterminados[78]. El concepto natural de persona es ciego a estas variaciones y no puede sino recurrir a ficciones poco claras para superar esa ceguera inicial. Según KELSEN, esta forma de comprensión de las personas jurídicas es además lógicamente insostenible, ya que también el concepto «natural» de persona es una construcción[79]: todas las diferencias que hay que hacer a su respecto demuestran que no se trata más que de construcciones jurídicas cuyo objeto es designar condiciones de aplicación de normas o la unidad de ciertos derechos y obligaciones, en la medida en que su ejercicio o el acaecimiento de las consecuencias jurídicas se encuentran unidos al comportamiento de alguien[80]. Parte importante de los problemas que se siguen, por ejemplo, en el reconocimiento de personalidad jurídica de asociaciones en materia penal, se esconde cuando se maneja un concepto sustantivo de persona. La respuesta «no, eso no es persona, sustancia sin embargo necesaria a la idea de responsabilidad, por lo que no puede establecerse una responsabilidad penal de personas jurídicas» oculta precisamente todo el punto, a saber, si queremos del todo reconocer la capacidad de asignar consecuencias jurídicas a asociaciones y, una vez respondido eso, en qué condiciones tiene sentido y es justo que lo hagamos[81].

3.4. El razonamiento jurídico como marco y discreción: la teoría de la interpretación de KELSEN como denuncia

Existen pocas materias que hayan preocupado tanto a los juristas modernos como la interpretación (en fase real o hipotética de adjudicación) de las leyes. Al mismo tiempo, pocos aspectos de la obra de KELSEN parecen resultar tan insatisfactorios como su teoría de la interpretación. Su tesis aquí es tan sencilla como brutal: la interpretación no tendría nunca el carácter pretendido de operación de razonamiento controlable, sino que se trataría siempre de una operación política de decisión. Esto se explicaría analizando el contexto en el que se desarrollan las actividades de interpretación.

De acuerdo a la comprensión tradicional, la interpretación sería la operación de conocimiento de una norma al momento paradigmático de aplicar el derecho en fase de adjudicación. Como en realidad, según KELSEN, la adjudicación no es más que una fase dentro de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico[82], la interpreta-

[78] *Vid.* KELSEN, 1960: 150 y ss.

[79] KELSEN, 1925: 9 y 81 y ss.; KELSEN, 1960: 176.

[80] KELSEN, 1960: 177.

[81] El propio KELSEN advertía el punto, al dar cuenta que el problema de la capacidad de cometer delitos de las personas jurídicas no es más que un problema de la definición de nuestras operaciones de «atribución» (*Zuschreibung*) de responsabilidad penal (KELSEN, 1960: 185). Una concepción similar de la persona, aunque no limitada al puro reflejo de normas positivas, puede encontrarse en concepciones tan distintas como JAKOBS, 2008: 28 y ss.; o GÜNTHER, 2005: 102 y ss.

[82] Así tematizado desde un inicio en KELSEN, 1934b: 1113. El artículo *Zur Theorie der Interpretation* fue, en lo esencial, reproducido posteriormente al final de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. Ambas versiones tienen, sin embargo, variaciones en lo relativo a su redacción.

ción (auténtica)[83] se dejaría caracterizar más ampliamente como el procedimiento de atribución de contenido a normas que otorgan potestades para crear otras. En todos estos casos, el conocimiento del sentido de la norma sería necesario porque el alcance de la potestad para crear norma depende de este; la interpretación serviría de esta forma para determinar el conjunto de normas posibles que su aplicador puede crear. La norma a interpretar sería así parte de la fuente de la competencia para crear el acto normativo en cuestión; ella simplemente fijaría las condiciones bajo las cuales el sujeto puede realizar un acto normativo y, con ello, la extensión posible de ese acto. Por ello, sería lógicamente imposible que la norma fijara por completo el contenido del acto de creación del derecho, ya que sin concesión de un mínimo de discreción, el otorgamiento de la potestad para crear una nueva regla carecería de sentido.

Una comprensión de esta clase es, por cierto, inaceptable para la dogmática jurídica. Tradicionalmente, la teoría de la interpretación tiene por objeto tematizar la justificación de la decisión interpretativa. Esa justificación tiende a construirse bajo la idea de conocimiento: la atribución de sentido sería correcta porque ese *es* el contenido de la norma. La interpretación sería, de esta forma, el momento paradigmático de conocimiento jurídico[84]. En KELSEN, probablemente el positivista más preocupado por la generación de una teoría del conocimiento jurídico, la interpretación aparece caracterizada, al contrario, por oposición al conocimiento jurídico; ella es descrita como una operación de pura decisión[85]. Esto es algo que tradicionalmente ha decepcionado explícitamente a los teóricos del derecho en el acercamiento a la obra de KELSEN[86].

De acuerdo a KELSEN, el carácter necesario del aspecto volitivo de la interpretación se vería confirmado al mirar el tipo de problemas al que se enfrenta la teoría tradicional de la interpretación. Su problema crucial, al menos en la forma en que ha sido tematizada durante el siglo XX, es la indeterminación: cuando el sentido de una norma no es unívoco, elegir uno de los sentidos posibles sería necesario. De acuerdo a KELSEN, esto se puede traducir a la regulación de la relación entre norma de origen, potestad y norma creada. Cuanto mayor sea la indeterminación de la norma que confiere potestades normativas, más amplio sería el marco de actos normativos válidos que pueden ser creados en aplicación de la norma interpretada, con lo que el aplicador/creador de las normas tendría mayores posibilidades de elección. Pero ese momento de indeterminación sería necesario: en la interpretación, se trataría de una elección entre varios sentidos posibles dentro de un marco otorgado por la disposición (que

[83] Es importante tener en cuenta que el concepto de interpretación auténtica de KELSEN se construye por analogía con el concepto al que tradicionalmente se designa como tal. Esa analogía, sin embargo, tiene pretensiones de desafío. La interpretación auténtica es usualmente entendida como aquella que vincula al órgano vinculado a la ley (el juez) y, en ese sentido, constituye ella misma una norma. El concepto tiende a ser utilizado respecto a la interpretación hecho por el legislador de las leyes: el otorgamiento de sentido que el propio legislador ha efectuado tiene que ser acatado por el juez. La interpretación auténtica se distingue, de esta forma, de la interpretación judicial. KELSEN utiliza el concepto de interpretación auténtica manteniendo la representación que anima a la distinción tradicional, a saber, distinguir entre formas de interpretación vinculantes y no vinculantes. Pero si eso es así, también la interpretación judicial sería auténtica: ella es una fuente que permitiría justificar la sentencia y, en ese sentido, una norma creada por el tribunal y que vincula a quienes deben aplicarla.

[84] Así, por ejemplo, GUASTINI, 1999: 256-257.

[85] Así también MERKL, 1917a: 956-957.

[86] GUASTINI, 1999: 257; NÚÑEZ VAQUERO, 2014: 423 y ss.

en realidad es norma) a ser interpretada y cuya extensión dependería de su grado de indeterminación[87].

La concepción de la interpretación de KELSEN parece así decepcionante por varias razones. En primer lugar, ella renuncia por completo a tematizar el proceso de atribución de sentido y de justificación de esa atribución dentro del marco fijado, según él, por la norma. La idea de interpretación racionalmente justificable como correcta (la «única solución correcta») es así reducida por KELSEN a la forma de un autoengaño[88]. Los criterios de interpretación, en la centenaria disputa entre concepciones objetivas, subjetivas y sus variantes, solo servirían para crear la apariencia de justificación de resultados posibles, equivalentes entre sí, en el marco de la creación de una norma inferior.

Buena parte de la defraudación producida aquí por KELSEN encuentra su explicación, sin embargo, en las expectativas que tienden a ser puestas por los teóricos del derecho al momento de analizar una teoría de la interpretación. En ellas, se tiende a buscar explicaciones analíticas del proceso de interpretación, que permitan esclarecer al menos los presupuestos o la estructura de una argumentación de interpretación, o discusiones respecto al mérito de los distintos métodos de interpretación. Como a la dogmática le interesan ante todo disputas de esta clase, es asumido como normal que una teoría de la interpretación deba entregar respuestas a estas preguntas. La teoría de la interpretación de KELSEN tiene la forma, en cambio, de una denuncia; para el jurista preocupado ante todo de la interpretación y aplicación de leyes, la única función que correctamente se le puede atribuir a la teoría de KELSEN es la de una provocación[89]. La teoría pura del derecho dejaría de asumir aquí la postura del escéptico moderado en búsqueda de mayor precisión y que ofrece equivalentes funcionales a los conceptos de derecho subjetivo o persona, y pasaría a ser así un verdadero nihilista.

Considerada de cerca, sin embargo, la denuncia que supone la teoría de la interpretación de KELSEN tiene también otro objeto y no es puramente destructiva. No se trata (solo) de una pretensión nihilista de privar a la ciencia del derecho de cualquier mérito cognitivo, sino de una pretensión constructiva de denuncia de ciertas fijaciones nocivas con el objeto de re-caracterizar al derecho sin esas fijaciones. Esas fijaciones nocivas pueden ser reducidas a dos ideas: el exceso de fijación en la idea de que el derecho se conoce y se aplica solo al momento de la adjudicación y, por otro lado, la ceguera frente a la dinámica del derecho. Frente a la noción tradicional de que interpretación es conocimiento del contenido de la norma en la interpretación, KELSEN y su escuela pretendían así redefinir el centro de interés de la interpretación en la determinación de la relación entre norma que otorga potestades y norma creada mediante esas potestades, es decir, pretendía mostrar la integración de la interpretación en la dinámica del derecho[90]. La teoría de la interpretación de KELSEN es de este modo una demostración de la forma en que aquello que es caracterizado como el momento de la interpretación en la comprensión tradicional —la adjudicación— se inserta en el

[87] KELSEN, 1960: 347-348.
[88] KELSEN, 1934b: 1114 y ss.; KELSEN, 1960: 350.
[89] Así también LEPSIUS, 2013: 257 y ss.
[90] Similar LEPSIUS, 2013: 258.

funcionamiento constante del derecho en reproducirse y transformarse y, en lo que les interesa ante todo a los juristas, en pasar de grados de abstracción amplios a una determinación suficiente para el ejercicio de la coacción[91]. La interpretación es caracterizada, así, como la operación que permite que organismos con distintas potestades normativas se relacionen entre sí en la construcción escalonada del ordenamiento jurídico. La interpretación aparece de esta forma directamente caracterizada como «el procedimiento espiritual que acompaña a la aplicación del derecho en su avance desde estadios superiores a estadios inferiores» (KELSEN, 1934b: 1113; 1960: 346).

La crítica a la concepción tradicional de la interpretación permite apreciar sus falencias y su ceguera frente al sistema complejo y constantemente cambiante que constituye al derecho: el derecho no es el conjunto estático de textos, cuyo conocimiento por parte del adjudicador o del jurista implica conocimiento total de este y de sus respuestas. El derecho es, en cambio, un mundo conjunto constantemente construido por una multiplicidad de actores. Ese mundo conjunto se construye por medio del reconocimiento de potestades y por el reconocimiento de la aplicación de esas potestades. Entender ello, entender al derecho como sistema dinámico, requiere desprenderse de la ilusión estática creada por la dogmática para permitir su propio funcionamiento. La brutal teoría de la interpretación de KELSEN tiene por objeto forzar a abrir los ojos para abandonar esta asunción común.

La teoría de la interpretación cumple de esta forma el rol de umbral entre el aspecto negativo y el aspecto positivo de la realización del programa de KELSEN. Por una parte, se trata de una crítica radical a la noción tradicional de interpretación y, con ello, a la auto-comprensión tradicional de la ciencia del derecho. Pero, por otra parte, la teoría de la interpretación de KELSEN es parte del desarrollo de una explicación de la forma en que debe ser comprendido el derecho en tanto sistema dinámico. Ella tiene un rol pragmático ante todo negativo —y por ello ha sido constantemente objeto de polémica— pero es re-caracterizada en la fase de realización positiva del derecho al reconstruirlo como sistema dinámico en cambio constante. El carácter total de la obra de KELSEN se muestra en esta interdependencia entre sus aspectos positivos y negativos.

BIBLIOGRAFÍA

Textos de Hans KELSEN y de Adolf MERKL[92]

KELSEN, H., 1913: «Rechtsstaat und Staatsrecht», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, t. II, Viena, 2010, 1247-1253.

— 1916: «Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, t. I, Viena, 1968, 77-119.

— 1919: «Zur Theorie der juristischen Fiktionen», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, t. II, Viena, 2010, 993-1014.

[91] Enfático MERKL, 1917a: 957; 1922: 1325.

[92] Los textos de KELSEN y MERKL son citados indicando el año de publicación original de la edición en alemán correspondiente, lo que aparece en la lista bibliográfica entre paréntesis a continuación del nombre. En su caso, la traducción o reimpresión específica es indicada normalmente.

— 1921: «Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, t. I*, Viena, 2010, 77-119.
— 1922: «Rechtswissenschaft und Recht», en S. PAULSON (ed.), *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, Aalen, 1988, 279-411.
— 1923: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, 2.ª ed., México D. F., 1987.
— 1925: *Teoría General del Estado*, México D. F., 2005.
— 1928: «Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule,* t. I, Viena, 2010, 231-287.
— 1930: *Der Staat als Integration*, Viena, 1930.
— 1934a: *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed., Viena, 1934 (reimpresión Tubinga 2008).
— 1934b: «Zur Theorie der Interpretation», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, t. II, Viena, 2010, 1113-1121.
— 1960: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, 1960 (reimpresión 1992).
MERKL, A. J., 1917: «Das Recht im Lichte seiner Anwendung», en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, t. I, Viena, 2010, 955-982.
— 1922: «Gesetzrecht und Richterrecht», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, t. II, Viena, 2010, 1323-1330.

Literatura secundaria y complementaria citada

ALEXY, R., 1992: *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo en Brisgovia-Múnich.
BULIGYN, E., 2005: «Das Problem der Geltung bei Kelsen», en PAULSON y STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen*, Tubinga, 80-95.
DREIER, H., 1990: *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1990.
GARZÓN VALDÉS, E., 2000: *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires.
GUASTINI, R., 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona.
GÜNTHER, K., 2005: *Schuld und kommunikative Freiheit*, Fráncfort del Meno, 2005.
HAMMER, S., 2005: «Braucht die Rechtstheorie einen Begriff vom subjektiven Recht? Zur objektivistischen Auflösung des subjektiven Rechts bei Kelsen», en PAULSON y STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen*, Tubinga, 176-190.
HEIDEMANN, C., 1997: *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, 1.ª ed., Baden-Baden.
— 2005: «Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen», en PAULSON y STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen*, Tubinga, 17-34.
— 2000: «The creation of normative facts», en *Law and Philosophy 2000*, 263-281.
HELLER, H., 1934: «Die Krisis der Staatslehre», en el mismo, *Gesammelte Schriften in drei Bänden*, 2.ª ed., t. 3, 1992, 3 y ss.
JAKOBS, G., 2008: *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Berlin.
KERSTING, W., 2000: «Staatsphilosophie und weimarer Staatsrechtslehre», en el mismo, *Politik und Recht*, Gotinga, 394-430.
KORB, A., 2010: *Kelsens Kritiker*, Tubinga.
KORIOTH, S., 2013: «Kelsen im Diskurs - Die Weimarer Jahre», en JESTAEDT (ed.), *Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tubinga, 2013, 29-46.

LEPSIUS, O., 2013: «Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre», en JESTAEDT (ed.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tubinga, 241-266.

MÖLLERS, C., 2008: *Der vermisste Leviathan*, Fráncfort del Meno.

NÚÑEZ VAQUERO, A., 2014: «Kelsen en la encrucijada: ciencia jurídica e interpretación del derecho», en *Ius et Praxis,* año 20, núm. 2, 415-442.

PAULSON, S., 1990: «Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?», en *Rechtstheorie,* 1990, 155-179.

— 2005: «Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens», en PAULSON y STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen*, Tubinga, 191-220.

— 2006: «Der Normativismus Hans Kelsens», en *Juristen Zeitung,* 2006, 529-536.

RENZIKOWSKI, J., 2001: «Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre», en *ARSP,* 87, 2001, 110-125.

RICKERT, H., 1926: *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7.ª ed., Tubinga, 1926.

RUIZ MANERO, J., 2010: «Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre:* sobre el trasfondo de la Teoría Pura del Derecho y qué queda de ella», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 33, 37-46.

SEARLE, J., 2010: *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, New York.

STAMMLER, R., 1925: *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*. *Erster Band*, Charlottenburg, reimpresión Aalen, 1970.

VINX, L., 2007: *Hans Kelsen's pure theory of law. Legality and legitimacy*, New York.

WILENMANN, J., 2014: «El camino de la teoría pura del derecho», en *Revista de Estudios de la Justicia,* núm. 20, 34-66.

RELEYENDO LA JURISPRUDENCIA NORMATIVA DE RONALD DWORKIN: UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO*

Giuseppe Zaccaria

Universidad de Padua

RESUMEN: En este trabajo se evalúa el impacto sobre la filosofía del derecho contemporánea de la obra de Ronald Dworkin. A partir de Hart y en lo sucesivo, no se ha podido dejar de debatir las ideas de Dworkin y de dedicarles ensayos y conferencias. Debe reconocerse que Dworkin ha cambiado profundamente el panorama de la teoría del derecho contemporánea, contribuyendo de manera decisiva a abandonar definitivamente la concepción vetero-positivista del derecho y reorientando completa y profundamente el debate sobre el positivismo jurídico y sobre el iusnaturalismo.

Palabras clave: Dworkin, positivismo jurídico, iusnaturalismo, interpretación, argumentación moral.

Re-reading normative jurisprudence of Ronald Dworkin. A global valuation

ABSTRACT: This paper examines the impact of Ronald Dworkin's work on contemporary Legal Philosophy. Ever since Hart, Dworkin's ideas have been constantly on debate. Many essays and lectures have been devoted to them. Dworkin has deeply changed contemporary Legal Theory landscape, contributing enormously to definitely abandoning the classic-positivist conception of Law and fully and deeply reorienting the debate on Legal Positivism and Natural Law Theories.

Keywords: Dworkin, legal positivism, Natural Law Theories, interpretation, moral reasoning.

* Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2015. Traducción de Gregorio Robles Morchón.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.11

1. LA OBRA DE RONALD DWORKIN, UNA MINA DE ARGUMENTOS PARA EL FILÓSOFO DEL DERECHO

A un año de la desaparición de Ronald DWORKIN (1931-2013), un estudioso sobre cuya obra existe ya una literatura muy abundante, se percibe como algo ya ineludible una reflexión orgánica y no contingente sobre su pensamiento. Ronald DWORKIN, de hecho, no es solo uno entre los filósofos y teóricos del derecho de mayor relevancia en el plano internacional, en los últimos años del siglo XX y en la primera década de siglo XXI, también representa una de las voces más autorizadas dentro de un amplísimo arco de reflexiones que han analizado puntos cruciales y clásicos de la filosofía no solo jurídica sino también moral y política, así como la relación entre reglas y principios, la existencia de discrecionalidad del juez y su papel en el contexto constitucional, la relación entre igualdad y libertad social, la fundamentación ontológica de las reglas, el fundamento de los valores y su realdad objetiva, el valor central de la dignidad de la vida.

Desde el fulgurante comienzo de su *rights theory,* en 1977, con *Taking Rigths Seriously* —verdadero desafío a la tesis del positivismo jurídico sobre la existencia o no de una respuesta justa en los casos jurídicos complejos— a la etapa sucesiva de *A Mater of Principle* del 1985, lugar de elaboración de una teoría de la igualdad liberal, desde la admirable síntesis de *Law's Empire* del 1986 a la reflexión sobre los bienes primarios y sobre la fundamentación de los derechos fundamentales sobre la dignidad humana de *Freedom's Law* de 1986 *y Sovering Virtue* (publicado en el 2000), a través del debate sobre aspectos críticos de la democracia y sobre los modos para su posible superación a la luz de la distinción entre democracia mayoritaria y democracia participativa (*Is Democracy Possible Here*?, 2006), hasta los últimos *Justice in Robes* del 2006, sobre la intersección entre casos jurisprudenciales y cuestiones morales, *Justice for Hedgehogs* (del 2011) sobre la problemática fundamental de la unidad del valor, *y Religion without God*, póstumo, sobre el papel de la religión en la política. El conjunto de sus escritos constituye una riquísima mina de análisis, desarrollados de manera brillante, con claridad ejemplar, con notable capacidad analítica y argumentativa y con constante voluntad de diálogo con otras posiciones importantes del pensamiento filosófico-jurídico y filosófico-político contemporáneo. Y, sin embargo, aunque fue sin duda uno de los más grandes filósofos del derecho y de la política, DWORKIN fue también uno de los autores más discutidos y controvertidos, como demuestra el amplísimo debate, no exento de críticas despiadadas, que siguió a su audaz ataque teórico anti-positivista a la *jurisprudence* dominante de HART.

Aquí hay indudablemente un núcleo central en el elegante y amplísimo panorama intelectual que liga, de modo admirable, los ámbitos del derecho, de la moral y de la política y de lo que pocos, incluso entre los críticos más feroces, no se han podido resistir a la fascinación: y es sobre esto sobre lo que pretendemos concentrar nuestra atención crítica. Este núcleo está representado por la *jurisprudence* normativa de Ronald DWORKIN, por su *interpretivist theory of law,* caracterizada, al menos, por dos aspectos de fondo: la tesis de la interconexión inescindible entre derecho y moral, y la de la estrechísima relación entre las posiciones teóricas discutidas y el profundo examen de casos judiciales concretos a propósito de los que emergen, y son analizadas, discrepan-

cias teóricas. Por consiguiente es sobre la *jurisprudence* de DWORKIN, y en particular sobre su giro interpretativo, donde nos detendremos en esta sintética relectura de la obra de investigación de un estudioso, que aunque desaparecido hace muy poco, y aunque pueda parecer en algunos aspectos como «un solitario tanto en el mundillo de los juristas como en el de los filósofos»[1], ya de inmediato a su desaparición se le puede sin duda calificar como un verdadero clásico del pensamiento jurídico contemporáneo.

2. LA CRÍTICA ANTI- POSITIVISTA AL MODELO HARTIANO

El inicio de la reflexión jurídica de DWORKIN, con su primera gran obra *Taking Rights Seriously*[2] se produce con una original y clamorosa crítica a Herbert HART y a su tesis fundamental que define el derecho como un sistema de normas. El modelo de HART, plasmado en *The Concept of Law* del 1961[3], con su fundamental distinción entre normas primarias (que atribuyen derechos e imponen obligaciones) y normas secundarias (que establecen cómo y por quién deben de ser emanadas las reglas primarias) y su concepción de la norma de reconocimiento como criterio de validez y de identificabilidad de las normas jurídicas, gozaba, en la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado, de indiscutida autoridad en el *milieu* del positivismo jurídico contemporáneo, en particular en la variante que de él ofrece la filosofía analítica, que pretendía inteligentemente salvarse de las simplificaciones de AUSTIN. La audacia de la crítica a HART estaba precisamente en asumir una completa concepción del derecho, la dominante en el ámbito anglosajón, que encontraba en la obra maestra de HART su núcleo teórico indiscutido.

DWORKIN se convertiría a continuación en el sucesor de HART en la prestigiosa cátedra de Oxford y habría vuelto a confirmar si bien mucho más tarde su posición (DWORKIN, 2010a: 5), rechazando las críticas contenidas en el *Postcript* de HART (en la segunda edición de *The Concept of Law)*[4] y reafirmando con vigor el «genio y la pasión» de Herbert HART (DWORKIN, 2010b: 203) pero también su firme posición de distanciamiento de las limitaciones de su *jurisprudence* analítica. Sin embargo en aquel momento, con la atrevida crítica a *The Concept of Law* —el más influyente e importante ensayo en la tradición analítica de la *jurisprudence* de la segunda mitad del siglo XX— provocó un gran impacto ya que resquebrajaba e introducía una brecha imprevista en la ordenada arquitectura hartiana y encendía una chispa destinada a revolucionar la teoría jurídica contemporánea. La tesis era muy sencilla pero al mismo tiempo radical, al querer archivar la antigua pero cada vez más estéril contraposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: concebir el derecho como constituido exclusivamente por normas, cuyo conjunto agotaría por completo el derecho, y consecuentemente sostener que son las reglas las que establecen las fuentes autorizadas para resolver la cuestión del derecho aplicable, tesis que deja en la sombra el importante papel desarrollado por los

---

[1] La definición es de HABERMAS (2011: 156). Del difícil encuadre en el pensamiento de DWORKIN habla también MACKIE (1983). *Cfr.* También RIPSTEIN (2007). El mismo DWORKIN nos ofrece una mirada lúcida y sintética sobre sus escritos precedentes (2013b).

[2] Sobre esta obra hay que consultar la nota crítica de RAZ (1978).

[3] Sobre esta obra clásica de HART, *cfr.* por último, DUARTE D'ALMEIDA, EDWARDS y DOLCETTI (2013).

[4] Sobre el *Postscript, cfr.* COLEMAN (2001). La tesis central y más relevante del Apéndice de HART y discutida por DWORKIN (2010b: 153-203). Sobre esta obra de DWORKIN hay que ver la nota de GREEN (2007).

principios, en cuanto normas no equiparables a reglas, y más en general la relevancia de la interpretación en las decisiones judiciales: aspectos, estos, que son sin embargo esenciales si se les coloca dentro de un cuadro en el que moral y derecho, aun permaneciendo como sistemas independientes entre ellos, sin embargo presentan relaciones y conexiones profundas[5]. Esta tesis de una «fuerte» distinción entre reglas y principios[6], sobre la base de que los principios representan los valores supremos del ordenamiento[7], pueden originar diversos cursos de acciones, pueden entrar en conflicto entre ellos y tener un peso distinto y por consiguiente requieren ponderación y equilibrio para ser aplicados[8], y son finalmente caracterizados por su mayor carácter genérico e indeterminado (DWORKIN, 2010a: cap. 2; *cfr.* ENDICOTT, 2013), tanto del supuesto de hecho como de las consecuencias jurídicas, precisamente por redefinir a fondo la estructura del derecho, lo que originaba una profunda refutación de uno de los asuntos teóricos del iuspositivismo, aquel por el que las normas representan las únicas directrices que vinculan de manera enérgica a los jueces. Al contrario, en la idea de DWORKIN con referencia a supuestos de hecho específicos hay siempre más de un principio relevante y por tanto la jerarquía axiológica es móvil en los casos reales. A su vez los principios venían, en aquella perspectiva iuspositivista, rebajados al rango de meros estándares extrajurídicos, que no determinaban resultados jurídicamente apreciables, y que pueden ser elegidos o no por el juez en plena discrecionalidad. Las teorías iuspositivistas para las que no existen obligaciones jurídicas que no sean generadas por normas (la llamada *obligation thesis*) ignoran los muchos casos en los que los jueces se consideran vinculados por el derecho incluso si normas precisas no se declaran aplicables. A este propósito, sin embargo, la posición de DWORKIN sufre una clara evolución, ya que en un primer momento él niega al juez la posibilidad de recurrir a estándares extralegales para resolver las controversias de su competencia, mientras que en una segunda fase reconoce que una norma social impone una obligación vinculante si, y solo si, los componentes del grupo están de acuerdo sobre el hecho de que la obligación debe de ser cumplida. Pero, en el fondo, el verdadero núcleo de controversia con HART está en la circunstancia de que deben ser considerados vinculantes en razón de su contenido moral y no por el hecho de que estos sean socialmente designados como vinculantes en base a la llamada *pedigree thesis.*

Su concepción del *Law as integrity*, entendida como alternativa indirecta a la idea de norma de reconocimiento de HART, en cuanto capaz de incluir «un conjunto de estándares mutables, interconectados y en evolución» (DWORKIN, 2010a: 73) , presenta en cambio la novedad de asumir el punto de vista de la moralidad política dentro de una amplia visión del derecho, por la que la misma teoría política se basa sobre juicios y convicciones de carácter moral, e incluye entre sus criterios el carácter correcto de la solución desde un punto de vista ético-político. En el momento de resolver las con-

[5] El límite para mantener en *Taking Rigths Seriusly* la separación entre los dos sistemas de la moral y del derecho lo reconocería muchos años después el mismo DWORKIN (2013a: 456 y ss.) reconociendo una muy estrecha conexión entre derecho y moral y llegando a identificar y a tratar el derecho como una parte de la política.

[6] La tesis de DWORKIN (2010a) vendrá luego retomada por autores como ALEXY (2012: cap. 3; 2000); ATIENZA y RUIZ MANERO (1996). En la literatura italiana el tema de principios, *cfr.* PINTORE (1982); PASTORE (1985); ZAGREBELSKY (1992: cap. 6); MENGONI (1996); ZACCARIA (1996: 197-246); COMANDUCCI (1997); PINO (2010: 51-75).

[7] ATIENZA y RUIZ MANERO (1993).

[8] Este aspecto de los principios ha sido subrayado por ALEXY (1997: 71 y ss.).

troversias —esta es la tesis de DWORKIN (129-196) en los ensayos de finales de los años setenta sobre la solución correcta para casos difíciles[9]— el juez debe de identificar el derecho existente sobre la base de los principios generales del derecho y actuando como órgano de una «comunidad personificada» que expresa una concepción de equidad y justicia. La respuesta *correcta* debe de ser *justa* según una doctrina ético-política general. Tesis, estas, como se puede fácilmente advertir, notablemente heterodoxas respecto a la *separation thesis* iuspositivista y respecto a la concepción de la legalidad expresada por los iuspositivistas, por la cual la moral no resulta pertinente para la definición del derecho.

Hasta este momento, sin embargo, aun distanciándose sensible y originalmente de la ortodoxia analítica —tanto que Neil MACCORMICK tuvo la oportunidad de denunciar el carácter contradictorio entre la tesis de la solución correcta y las posiciones de un construccionismo epistemológico riguroso, la perspectiva de DWORKIN, aunque muy centrada en las temáticas de la interpretación, y en particular en la interpretación literaria como posible paradigma para la interpretación jurídica (ZACCARIA, 1996: 205)[10], se manifiesta todavía muy extraña al núcleo más auténtico de la hermenéutica filosófica europea. Es verdad que el problema del carácter correcto de la respuesta del intérprete se plantea dentro del contexto de una determinada práctica social y, por consiguiente, en un modo que permite construir un modelo más realista en lo que se refiere a la complejidad de las prácticas interpretativas, pero es también cierto que la teoría hermenéutica postheideriana (desde GADAMER a RICOEUR hasta PEREYSON) jamás habría suscrito la idea de DWORKIN de una y solo una solución correcta. Incluso luchando contra el malentendido, esta admite la posibilidad de una pluralidad de respuestas sostenibles y correctas. Por consiguiente el primerísimo DWORKIN, el de la única respuesta correcta. Incluso luchando contra el malentendido, admite la posibilidad de una pluralidad de respuestas sostenibles y correctas. Por consiguiente, el primerísimo DWORKIN, el de la única respuesta correcta, muestra toda su extrañeza frente al núcleo más auténtico de la hermenéutica europeo-continental y su originaria descendencia, aun en un diálogo cada vez más crítico, del modelo hartiano de interpretación jurídica: pero como él mismo reconocerá cuarenta años más tarde en *Justice for Hedgehogs*, concebía y defendía sus tesis sobre la interpretación dentro de un cuadro complejo que consideraba todavía derecho y moral como dos sistemas independientes entre ellos.

3. EL «INTERPRETIVISMO» DE DWORKIN

Donde en cambio los relevantes intereses hermenéuticos de DWORKIN comienzan a acercarse y a unirse explícitamente, aunque sea por caminos diversos, a los resultados de la perspectiva hermenéutica continental, es en la segunda fase de su reflexión sobre el derecho y más precisamente en la concepción contenida en *A Mater of Principle*, del derecho como «*exercise in interpretation*» (DWORKIN, 1990b: 179) y todavía más en *Law's Empire*[11], donde se reconoce el carácter inventivo de la actividad interpretativa

[9] *Cfr.* ZACCARIA (1996: 205 y ss.).
[10] Sobre la perspectiva del derecho como literatura, *cfr.* MINDA (2001: 249 y ss.).
[11] Sobre esta obra, central en la producción de DWORKIN, *cfr.* HERSHOVITZ (2006).

(DWORKIN 1989: 215), y se concibe al interprete como aquel que es llamado a superar una distancia. Arrumbada la tesis de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles —aquellos que postulan decisiones basadas en principios por parte del juez— el papel de los principios se hace más amplio y penetrante y emerge siempre con mayor evidencia la idea de cómo el derecho implica constantemente la elección entre diversas interpretaciones de los principios (249, 328), de la misma manera la crítica antipositivista se hace más rica y compleja. La interpretación *constructiva* «consiste en atribuir una determinada intención a un objeto o a un uso, para convertirles en los mejores ejemplos posibles de la categoría o del género al que pertenecen» (54). De tal manera que los desacuerdos sobre los fundamentos del derecho se presentan como desacuerdos relativos al valor moral del derecho en cuanto práctica social. El «interpretivismo» de DWORKIN[12] , es decir, la tesis que el concepto doctrinal del derecho funciona como un concepto interpretativo, al menos en comunidades políticas complejas, y que como tal requiere que las personas compartan una praxis, cuya interpretación es por otra parte muy probablemente controvertida, estimuló un debate muy rico, que tuvo entre sus protagonistas estudiosos del calibre de HART, RAZ y FINNIS[13].

La teoría interpretativista de DWORKIN, al afirmar que la práctica jurídica es por naturaleza propia interpretativa y desarrollando por consiguiente su perspectiva desde el punto de vista de aquel sujeto activo que investiga y administra el derecho en casos de conflicto, da a su Hércules, que no necesita de un método para distinguir los casos fáciles de los difíciles, una tarea sobrehumana, el moverse en la continua búsqueda de la respuesta justa, pero con una intuición muy simple, pero profunda, reconociendo a cada componente de la comunidad jurídica la posibilidad de involucrarse en argumentaciones morales y políticas con la finalidad de determinar la justificación correcta de la práctica jurídica. Su teoría del derecho parte de una comprensión de los problema de la práctica jurídica en su conjunto (HART, 2002: 186), que se presenta como una práctica argumentativa, dentro de la cual los participantes tienen diferentes pretensiones sobre lo que el derecho exige y defienden tales pretensiones ofreciendo razones para su sostenimiento. El intérprete ideal llega a un equilibrio entre las diversas prácticas interpretativas, teniendo que orientarse no solo sobre la base de un pasado vinculante, sino también atendiendo los estándares reconocidos por el derecho. Visión esta, en la que resultan difícilmente contestables, por lo menos, dos aspectos: por una parte que la implicación del sujeto que entra en juego en la práctica jurisdiccional no puede prescindir de una preliminar mirada hermenéutica[14], y que tal sujeto no puede prescindir de una interpretación holística, que sitúa el caso individual dentro de un ordenamiento entendido como conjunto integrado por principios y reglas, según una jerarquía de coherencia redefinida de caso en caso y argumentativamente recalibrada. El punto fundamental de contraste con la teoría general de HART, y con el carácter descriptivo del derecho que esta reivindicaba, está precisamente en el hecho de que el derecho, según la opinión de DWORKIN (210b: 154), no viene descrito de manera general y desde el exterior (*cfr.* RAZ, 1979: 153) , como se da en la perspectiva de un estudioso que no

[12] *Vid.* en particular DWORKIN (2010b: 13-15; 1989: 168 y ss,).

[13] Entre las diversas voces de este debate MITCHELL (1983); COHEN (1983); HART (2002); RAZ (1986); FINNIS (1992); COLEMAN (2001). Una historia del debate suscitado por los primeros cinco capítulos de *Taking Rights Seriously* viene trazada por el mismo DWORKIN (2010b: 204-242).

[14] Así también HABERMAS (2011: 157).

se involucra en los casos jurídicos, sino *desde el interior*, desde el punto de vista de un participante activo en las disputas jurídicas[15]. La argumentación jurídica se convierte así en una argumentación típica y fundamentalmente moral, de tal manera que los juristas deben decidir qué conjunto de principios en liza suministra la mejor justificación de la práctica jurídica en su conjunto (158).

4. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD

Hay que subrayar especialmente —lo he hecho ya en mi precedente ensayo (ZACCARIA, 1998)— como estas conclusiones se acercan sensiblemente y demuestran una interesante consonancia y convergencia con las tesis de Josef ESSER: lo que sobretodo diferencia a los dos estudiosos es el diferente contexto jurídico de fondo de sus teorías, europeo-continental en el caso de ESSER, explícitamente estadounidense en el caso de DWORKIN. Se pueden encontrar, sin embargo, semejanzas sugestivas sobre temas claves, como la pre-comprensión y el control de concordancia y de rectitud material, que en el lenguaje dworkiniano viene expresado con la tesis de las dos dimensiones del *fit, en* correspondencia con las decisiones legislativas y jurisdiccionales precedentes, y de la *justificación*, como correspondencia con los principios de la comunidad política. Para confirmar el hecho de que no se puede comprender sin un pre-comprender que es condición positiva, si bien provisional, de conocimiento, pero incluso como confirmación de la circunstancia que la indiscutible conexión entre valores éticos y valores jurídicos exige interpretar el derecho a la luz de una visión más amplia de la justicia. Al representar elementos constitutivos del ordenamiento jurídico, los principios expresan por consiguiente exigencias de justicia, de equidad, de corrección e incorporan argumentos que versan sobre los derechos, que, en sintonía con la tradición cultural anglosajona de signo liberal[16], se configuran como reivindicaciones de libertad para con el poder constituido (o, incluso*, contra* él). En cuanto preceptos de optimización que reivindican ser realizados de la manera más amplia posible, los principios son sopesados y el problema de su aplicación es también un problema de equilibrio de valores. Los jueces deben basar sus decisiones en argumentos de *political principle* (y no de *political policy);* es decir, deben decidir sobre la base de los derechos de los individuos y no sobre la base de finalidades políticas o sociales colectivas (DWORKIN, 1990b: 8 y ss., 15-16, 36). En este sentido es del todo legítimo definir la postura dworkiniana como una «jurisprudencia de los derechos», aun cuando el concepto de derechos de DWORKIN no es en absoluto independiente de las instituciones. Los derechos se hacen valer esencialmente dentro de una práctica social, dando lugar a un conjunto de normas, de comportamientos y de valoraciones con una proyección de carácter universalista.

La integridad[17], como noción cardinal de la actividad jurisdiccional y de todo el proceso de positivización jurídica —en cuanto concepto central que opera dentro de la práctica social de tipo interpretativo que es el derecho— demuestra estar de hecho íntimamente ligada a la tutela de los derechos de los ciudadanos (en su alcance contra-

[15] Desde este punto de vista las tesis de DWORKIN presentan afinidades con FINNIS (1980: 3).

[16] En este sentido las posiciones de DWORKIN son asimilables a las de RAWLS (1982), SEN (1984), y MACKIE (1977).

[17] Sobre el tema, *cfr.* PASTORE (1993) y SCHIAVELLO (1998).

mayoritario y anti-utilitarista) y ligada asimismo a la garantía de los peculiares valores de la comunidad liberal[18]. El derecho como integridad asume que los derechos derivan de las decisiones tomadas «no solo cuando son explícitos en estas decisiones, sino también cuando son consecuentes con los principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen como su justificación» (DWORKIN, 1989: 94, 130)[19]. La concepción del derecho como integridad requiere que la interpretación de los materiales normativos se realice a la luz de los principios fundamentales de la comunidad, cuyo reconocimiento institucional es realizado por el juez. La coherencia en cuanto criterio, justificativo de la decisión judicial, tiene como punto de referencia el *set* de principios que permite a los jueces —teniendo en cuenta la exigencia de conciliación de los principios— hallar la solución que sea coherente con las ideas de moralidad política enraizadas en la estructura general de la misma práctica jurídica (129, 207 y ss., 214, 317). La exigencia de la coherencia ordinamental implica por consiguiente el reenvío a los principios —asumidos como tejido conectivo del *corpus* jurídico— que se refieren constitutivamente a las premisas axiológicas propias del Estado de derecho y exigen la realización del ideal jurídico incorporado por este último (371 y ss., 375 y ss.; *cfr.* también ALEXY, 1997: 74 y ss., 80-81). Desde esta perspectiva, el derecho se caracteriza como interpretación de datos de partida a la luz de los principios institucionales, que constituyen la medida para valorarlos, reconstruyendo las líneas de tendencia y las interrelaciones ordinamentales. También aquí se explica su «fuerza gravitacional» (DWORKIN, 2010a: 211 y ss.), que expresa una potencialidad normogenética y les hace operar como *guidelines* de decisiones, que de otro modo estarían al arbitrio de sus autores. Podemos concluir que en la base de la teoría dworkiniana de los principios se da, en consecuencia, la idea de que la experiencia jurídica sustenta un diseño coherente y unitario, cognoscible en vía sistemática. Los principios, de hecho, nos retraen a la idea de una matriz de la que el derecho es expresión, pero impregnan también la imagen de una realización armoniosa de sus partes, ya que está inspirada en corrientes y valores unitarios[20]. Una concepción, la de DWORKIN, que tiene que saldar cuentas con la realidad contemporánea de un derecho cada vez más heterogéneo y estratificado, compuesto por bloques de materiales normativos guiados por lógicas diferentes, cuando no incluso incompatibles.

De este modo DWORKIN basa su filosofía del derecho sobre el fundamento más amplio de un individualismo ético, sobre la generalización de un deber moral al realizar el valor objetivo de la existencia, tanto individual como social. El individualismo ético propuesto por DWORKIN, cuando afronta en *Sovering Virtue* el tema de la posible contradicción entre derechos del individuo e interés general, se basa ya sea sobre la igualdad, como sobre la responsabilidad personal respecto al tipo de vida y a los medios elegidos para la propia realización.

La responsabilidad que tenemos en lo que se refiere a nuestra vida está en la base de la responsabilidad contemporánea para apoyar a los demás en la realización de

[18] Acerca de este tema *cfr.* SCHIAVELLO (1998: 10 y ss., 251 y ss.) y DWORKIN (1990a: 1-33).

[19] Como ya se ha hecho notar (POSTEMA, 1987: 294) la teoría del juicio jurisdiccional elaborada en *Law' Empire* incorpora la *rights thesis* de *Taking Rights Seriously.*

[20] De aquí proviene la crítica a la teoría de DWORKIN de mirar optimistamente y de manera utópica la realidad jurídica a través de «filtros rosas»; *cfr.* HUTCHINSON (1987: 653).

este mismo deber. Más que un intento por perfeccionar desde dentro el utilitarismo— como querría HART (1979: 841 y ss.)— creando en torno al individuo una barrera apta para defenderlo en el posible conflicto con el bienestar general (YOWELL, 2007: 130 y ss.), la jurisprudencia de DWORKIN parece inspirarse en el principio de derivación aristotélica de igual consideración y respeto.

5. *JUSTICE IN ROBES*: LA VALORIZACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN MORAL

Justice in Robes[21] constituye un punto sin retorno en la perspectiva dworkiniana, en la que las consideraciones de carácter moral son parte integrante de los criterios para determinar el derecho válido. La tenaz y constante propuesta de su argumento crítico «contra HART»: «según mi concepción, la argumentación jurídica es una argumentación típica y fundamentalmente moral» (DWORKIN, 2010b: 158), mientras en la teoría hartiana «la existencia y el contenido del derecho pueden ser reconocidos [...] sin referencia a la moral» (157) no podría ser más clara y nítida. Las consideraciones morales son relevantes *siempre*, y no solo cuando son reconocidas por las fuentes del derecho como la legislación o las decisiones judiciales, como ocurre en cambio en el caso de HART. Se podría decir, en otras palabras, que el *internal point of view,* como guía para valorar y juzgar tanto el comportamiento propio como el de los demás, se convierte aquí en una *moral perspective* (GREEN, 2005: 1955), desde el momento que una descripción, una teoría empírica o descriptiva constituyen obviamente en sí mismas una empresa en algún sentido normativa (DWORKIN, 2010b: 180) y son en consecuencia auto-contradictorias.

La perspectiva de HART, como por otra parte la de gran parte de la filosofía especializada contemporánea, se puede críticamente definir como *archimedea*, precisamente porque su análisis del concepto de derecho es una actividad de mera descripción de una práctica jurídica, que se quiere mantener programáticamente alejada de los esfuerzos más concretos de los juristas y jueces a la hora de determinar lo que es legal y lo que es ilegal. A esta perspectiva, a la *jurisprudence* descriptiva, DWORKIN (185-186) contrapone la teoría general elaborada en *El imperio del derecho*, es decir una teoría filosófica que parte de una comprensión de los problemas integrantes de la práctica jurídica y que incluye en su interior la legalidad como un ideal interpretativo.

El *foco* del intenso debate con HART está representado, una vez más, y sobre la estela del *Imperio del derecho*, por el llamado «*semantic sting*», que ya en el primer capítulo de aquella obra nuclear de DWORKIN (1989: 35 y ss.) había constituido el eje fundamental de su crítica a las teorías semánticas[22]. De acuerdo con la tesis dworkiniana, las teorías semánticas, y entre ellas *in primis* la de HART, no son capaces de explicar dentro de la praxis jurídica lo que constituye un elemento estructural, es decir la discrepancia, ya que consideran que los juristas comparten *tests* no controvertidos suministrados por el significado convencional de la palabra derecho. El desacuerdo podría entonces centrarse solo sobre cuestiones empíricas o limitarse a los llamados

[21] Sobre este libro de DWORKIN hay que ver la nota de GREEN (2007).
[22] Sobre el *semantic sting, cfr.* la crítica de RAZ (1998).

«casos de penumbra», pero nunca conferir la misma interpretación de la práctica del derecho. En definitiva, el desafío lanzado por DWORKIN a HART concierne precisamente a la explicación e inclusión del elemento del desacuerdo dentro de la práctica jurídica y la sutileza de su argumento antipositivista plantea la duda de que los juristas que niegan la existencia de discrepancias teóricas dentro del derecho se entregan de manera rutinaria a argumentaciones incoherentes sin ni siquiera darse cuenta de su error[23].

Es bien sabido que en el *Postscript* HART , que consideraba cruciales las objeciones de DWORKIN, hasta el punto de hacer de ellas el objeto principal de su apéndice, negó con gran vigor, aunque no siempre felizmente, esta interpretación de DWORKIN, que se exponía a poner en crisis profunda su proyecto de descripción del derecho, y afirmó que su tesis había sido profundamente tergiversada corroborando que la suya pretendía ser una teoría no normativa o valorativa del derecho, sino más bien una teoría empírica o descriptiva, de la cual por otra parte, objeta DWORKIN (210b: 182), ni HART ni sus seguidores han iniciado siquiera los amplísimos estudios empíricos que serían necesarios para fundamentarla.

Es verdad que la crítica dworkiniana es a su vez susceptible de objeciones, desde el momento que pretende formular una crítica general al modelo de HART en términos de filosofía del lenguaje, y más exactamente de crítica a las teorías semánticas y al convencionalismo metasemántico de gran parte de la filosofía contemporánea. El error de DWORKIN —ha sostenido GREEN (2007: 1498; 2003, 1897 y ss.)— está en asumir que la práctica jurídica es equivalente a la práctica lingüística que usa el concepto de derecho. Pero aun prescindiendo de similares consideraciones, la objeción a la tesis por la que los componentes de una comunidad pueden emitir juicios jurídicos solo si comparten tests no controvertidos de validez jurídica, capaces de agotar los fundamentos sobre la base de los cuales tales juicios están legalmente justificados, se mantiene firme con una consistencia que permite captar la estrechez del modelo hartiano en el momento en que niega que el concepto de derecho se use dentro de una práctica interpretativa en la que su correcta aplicación está determinada no por reglas semánticas generales, sino más bien por la teoría que ofrece la mejor interpretación.

Las dificultades ligadas a la perspectiva formalista sobre el tema de la interpretación y de la relación entre derecho y valores en sede aplicativa se muestran progresivamente evidentes en el iuspositivismo post-hartiano. Partiendo del amplio debate que ha surgido en torno al *Postscript* en la segunda edición de *The Concept of Law* el iuspositivismo se ha ido de hecho articulándo en una doble dirección, el del «iuspositivismo exclusivo» y el del «iuspositivismo inclusivo» (*o soft positivism*). Mientras el iuspositivismo exclusivo (RAZ, 1979) se mantiene fiel a la línea más tradicional de la separación entre derecho y moral, el iuspositivismo inclusivo (MORESO, 2003; WALDRON, 1992; WALUCHOW, 1994), reconociendo implícitamente la validez de algunos elementos de la crítica dworkiniana, se empeña en formular una concepción del derecho (y de la interpretación jurídica) que, precisamente, *incluya* los valores, de manera compatible con la fidelidad al tema de la *distinción* entre derecho y moral (SCHIAVELLO, 2004).

[23] SHAPIRO sostiene la competibilidad de la crítica dworkiniana con el mantenimiento de una perspectiva iuspositivista (2007: 42).

El *iuspositivismo inclusivo* propone, con buen criterio, una reformulación de la regla de reconocimiento hartiana de manera que incluya la referencia a elementos morales, con incidencias importantes bajo el perfil de la relación entre derecho y moral respecto a la definición del concepto de derecho, de la validez de las normas y de la cuestión de la discrecionalidad judicial. En base al iuspositivismo inclusivo, estándares de moralidad política pueden figurar de distintas maneras en los intentos de determinar la existencia, el contenido y el significado del derecho válido. Como oportunamente ha llamado la atención Vittorio VILLA (2000), para distinguirse nítidamente y de manera verdaderamente fértil del *exclusive positivism,* el positivismo inclusivo debería sin embargo tener éxito no tanto en reconocer la existencia, en el derecho positivo, de reenvíos a la dimensión moral, cuanto más bien subrayar la *fluidez* de la relación entre elementos jurídicos y elementos morales dentro de las normas jurídicas, o al menos de ciertas normas jurídicas, como por ejemplo en el ámbito del derecho constitucional. En cualquier caso, tanto después de la publicación del *Postscript* de HART, como después de la nueva discusión de sus tesis por parte de DWORKIN en *La Justicia en toga*, la controversia HART-DWORKIN no ha cesado de interesar a la comunidad científica de los teóricos del derecho —signo elocuente del carácter duradero de los temas suscitados en ella, que aluden a una de las cuestiones más profundas de la filosofía del derecho, la referida a la relación entre derecho y moral (*cfr.* SHAFIRO, 2007: 5) —lo que originó una gran producción de numerosas contribuciones, no siempre útiles sin embargo, dada la frecuente diversidad y el desacuerdo entre los puntos de partida de los diversos autores—[24]. Pero en cualquier caso sobre la *querella* HART-DWORKIN se han formado distintas generaciones de estudiantes de las *law schools* americanas y la importancia fundamental de esta discusión intelectual que ha involucrado a fondo dos concepciones distintas del derecho, permanece la misma todavía hoy cuarenta años después de su primera formulación.

6. DEL PLURALISMO DE LOS VALORES AL HOLISMO DEL VALOR

Justice for Hedgehogs[25], libro brillante y de gran ambición, representa verdaderamente en su enfoque sistemático —pero refractario a las divisiones disciplinarias — el culmen y la articulación conclusiva de toda la teoría del derecho dworkiniano recogiendo en el fondo unitariamente los resultados de décadas de reflexiones. De las normas a los principios, de la confrontación crítica con el iuspositivismo y con el paradigma hartiano a la pregunta fundamental sobre la naturaleza del derecho, la «ascensión filosófica» del largo recorrido de investigación de DWORKIN[26] exige finalmente una visión más amplia y llega a plantearse la cuestión fundamental de cuáles son las verdades en ética y en moral. Sin fingimientos, DWORKIN (2013a: 457) se hace cargo de la circunstancia de que un cuadro teórico que presente los dos sistemas de la moral y del derecho como sistemas que están separados, si bien vinculados por momentos específicos de conexión, se expone inevitablemente a lo que él define como un «defecto fatal»: aquel por el que no

[24] Entre las muchas voces del debate hay que tener en cuenta HIMMA (2000: 2002); MARMOR (2005); KRAMER (2000: 2002); SHAPIRO (2007); SMITH (2009: 2010); LEITER (2003).

[25] Ya el título hace referencia explícita al famoso ensayo de Isaiah BERLIN (1978). Una importante colección de ensayos sobre este volumen fundamental de DWORKIN está recogida en un número especial de la *Boston University Law Review* (VVAA, 2010).

[26] Es el mismo DWORKIN (2013b: 6) el que habla de «*process of philosophical ascent*».

existe ningún punto de vista neutral a partir del cual examinar las conexiones entre los dos sistemas supuestamente separados. Ante el peligro de ser expuesto a la controversia, todo análisis del concepto de derecho tiene, dentro de esta perspectiva, que asumir desde el principio la idea de una estrecha conexión entre derecho y moral, hasta concluir que el derecho tiene que ser tratado como una parte de la moral política (459), y por consiguiente como un momento específico de la teoría general de la ética. La existencia y el contenido del derecho positivo son entonces en un último análisis dirigidos y gobernados por la existencia y el contenido de la ley moral. La justicia deriva de la dignidad y aspira a la dignidad (478). Esto significa apartar toda suerte de escepticismo y asumir sin reservas la dimensión del cognitivismo ético, creyendo en la realidad objetiva y en la unidad del valor (474 y ss.)[27], que no entra en conflicto con el hecho de que deba adaptarse a las «situaciones humanas» y pueda ser objeto de práctica de equilibrio pero en cualquier caso no excluye obviamente por sí mismo la tolerancia y el respeto recíproco. Desde el punto de vista kantiano es propio de nuestra dignidad respetar la dignidad de los demás[28]. Es posible discutir críticamente de valores solo reconociéndoles un valor y un significado objetivos. Nuestras convicciones morales y nuestros valores forman un conjunto coherente, en el que cada valor particular está capacitado para reforzar y sostener otro valor (DWORKIN, 2007: 10-11). DWORKIN (2013a: 13) se da perfectamente cuenta que su tesis general —el valor es una cosa importantísima, y el análisis filosófico del valor debe ser comprometido e impositivo de normas y no descomprometido y neutral— es impopular; especialmente en el contexto anglo-americano donde prevalecen los «zorros» no cognitivistas, mientras los «erizos» se arriesgan a ser tachados de ingenuos o charlatanes. En una época de radical secularización y de gran pluralismo de los valores y las creencias, el holismo del valor de DWORKIN es andar a contracorriente respecto al espíritu de la época y representa verdaderamente la tercera y última fase y al mismo tiempo la articulación concluyente de su pensamiento. A pesar de esto, mantiene muy firme, incluso con intransigencia, la tesis fundamental de que el debate sobre la ética y sobre la política no puede renunciar a un compromiso de fondo con la verdad y con la justicia y en dialogo polémico con la reflexión metaética, y en particular con las tesis de Isaiah BERLIN, ratifica la posibilidad de edificar una perspectiva unitaria de los distintos valores morales que se confrontan en las sociedades pluralistas de nuestro tiempo, desde el momento de que tales valores, lejos de basarse sobre hechos, se fundamentan sobre interpretaciones que pueden ser considerados compatibles entre ellos y coherentes en los diversos ámbitos de la ética y de la política. También el razonamiento moral es un razonamiento interpretativo, capaz de implicarse en la búsqueda de una composición armoniosa en equilibrio de las diversas interpretaciones (FALLON, 2010, 539 y ss.).

Las ambiciones teóricas de *Justice for Hedgehogs* intentan poner en evidencia como modalidades comunes del proceso interpretativo los distintos ámbitos de la ética y de la política: la teoría interpretativa ilumina acuerdos y conflictos entre los críticos en todos estos campos y sitúa por consiguiente a la interpretación en el centro del ámbito del valor, de cómo responder a preguntas fundamentales, como aquellas que plantean qué significa la buena vida *(living well)* y como se debe tratar al otro (*living a good life*). La interpre-

[27] Para una crítica *cfr.* SOLUM (2010: 557 y ss.). Posición afín es la de ALEXY (2012).

[28] Una defensa de la vinculación entre el pensamiento de DWORKIN y la filosofía kantiana la encontramos en ALLARD (2001).

tación se convierte en una práctica general de tipo normativo, que permite comprender una gran variedad de prácticas humanas, a excepción de las científicas, como instancias interpretativas. La práctica interpretativa es esencial porque nuestros valores generales y abstractos deben ser aplicados con el fin de determinar lo que se debería hacer en los singulares casos concretos. El acto interpretativo resulta fundamental para la vida moral.

Hay también un riesgo en el proyecto dworkiniano de *Justice Hedgehogs:* el de difuminar el derecho transformándolo como apéndice de la moral (y no por casualidad aquí el derecho se convierte en objeto de un *focus* específico solo en un breve capítulo de la obra, mientras en *Law's Empire* se presentaba una teoría del derecho mucho más desarrollada y sistemática)[29]. Sin embargo, el derecho suministra por su parte a DWORKIN la clave de bóveda para edificar una teoría moral de carácter orgánico: en consecuencia, por un lado el jurista conoce el derecho a través de la interpretación , por otra parte la interpretación se convierte en la base para construir una teoría ética que vuelve a englobar el derecho A partir de las cuestiones y de las demandas de la práctica concreta del derecho se llega a los temas más arduos y generales de la indagación filosófica (VECA, 2013: 4).

La peculiaridad de la *jurisprudence* dworkiniana y sobre todo sus resultados últimos en el tema de las relaciones entre derecho, moral y política tienen el riesgo —por otra parte— de un desequilibrio progresivo a favor de los factores de tipo moral (PASTORE, 1993: 77-78), o sea de redimensionar excesivamente la función de los factores jurídicos, la relación «interna» que se debería mantener entre el material jurídico y la elaboración de la regla del caso (VIOLA, 1990: 123-124). Sin embargo se afirma que, a los fines de la adecuación a los estándares normativos ético-políticos la reconstrucción sistemática del material jurídico y el mismo derecho positivo ofrecen una aportación que no hay que infravalorar. El reconocimiento del carácter autoritario y autónomo del derecho no es si embargo incompatible con su inclusión en una visión unitaria y comprensiva que reconozca la presencia y el enraizamiento de la práctica interpretativa en la moral.

7. CONCLUSIÓN

Si bien los escritos de DWORKIN, fruto de un generoso compromiso intelectual en muchos frentes, han sido objeto de vivas críticas y de encendidas refutaciones, su impacto sobre la filosofía del derecho contemporánea ha sido en cualquier caso muy relevante. A partir de HART y en lo sucesivo, no se ha podido dejar de debatir las ideas de DWORKIN y de dedicarles ensayos y conferencias. En consecuencia, podemos tranquilamente reconocer que ha cambiado profundamente el panorama de la teoría del derecho contemporánea.

Como hemos visto, sus escritos filosófico-jurídicos, contribuyendo de manera decisiva a abandonar definitivamente la concepción vetero-positivista del derecho, han reorientado completa y profundamente el debate sobre el positivismo jurídico y sobre el iusnaturalismo (OLLERO TASSARA, 2014). De hecho estas dos concepciones han sido de algún modo inducidas a revisar sus posiciones más rígidas y a abrirse a razones distintas de las que anteriormente sostuvieron.

---

[29] Sobre este punto *cfr.* MC. CLAIN (2010: 864 y ss.).

Extremamente interesante es la importancia por la que, considerada en su conjunto, la *jurisprudence* dworkiniana, según la cual el saber jurídico nace en la praxis y para la praxis (BITTNER, 1988), reivindica la función crucial de la actividad interpretativa en el proceso de constitución jurídica, llegando —por vías originales e inspiradas en el análisis del modelo institucional angloamericano— a conclusiones convergentes con las sostenidas por la perspectiva de la hermenéutica jurídica del ámbito continental. En particular lo que parece conciliar las dos perspectivas —la teoría del derecho de DWORKIN por un lado, y la hermenéutica-jurídica por otro— es el reconocimiento de que la interpretación puede tener éxito pero también fracasar, como asimismo la preocupación de evitar los riesgos de un pragmatismo extemporáneo, que ante la toma de conciencia, de que el núcleo fuerte de la praxis jurídica radica en hallar la solución a los casos concretos que se presenten, confía al decisionismo arbitrario del interprete la solución de los problemas que surgen de la praxis y consecuentemente confía en contener la discrecionalidad entendida en sentido fuerte de los jueces. DWORKIN persigue este objetivo a través de una fuerte vinculación con la *theory of adjudication*, es decir con una teoría prescriptiva del juicio jurisdiccional explícitamente configurada sobre las características procesales e institucionales del sistema angloamericano, mientras la hermenéutica jurídica continental insiste mayormente, como ocurre en las tradiciones del *civil law*, en el elemento del método y de los vínculos convencionales que caracterizan al derecho, además de la función del jurista-intérprete en la formación del derecho. Sin embargo el objetivo, en términos de teoría del razonamiento jurídico, es común, y consiste en vincular al intérprete de manera estructural, aferrando su praxis a exigencias de coherencia con el conjunto del derecho o bien con los principios de moralidad que están en la base de la convivencia civil.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., 1997: *Concetto e validità del diritto* (1985), Torino: Einaudi.

— 2000: «On the Structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, 13: 294-304.

— 2012: *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna: Il Mulino.

ALLARD, J., 2001: *Dworkin et Kant. Reflexions sur le judgment*, Editions de l'Université de Bruxelles.

ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO, 1993: «Tre approcci ai principi di diritto», *Analisi e diritto,* 9-29.

— 1996: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.

BERLIN, I., 1978: «The Hedgehog and the Fox», *Russian Thinkers,* 22: 22-81.

BITTNER, C., 1988: *Recht als interpretative Praxis zu Ronald Dworkins allgemeiner Theories des Rechts,* Berlin: Duncker und Humbolt.

COHEN, M., 1984: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth.

COLEMAN, J., 2001: *Hart's Postscript*, Oxford: Oxford U. P.

COMANDUCCI, P., 1997: «Principi giuridici e indeterminazione del diritto», *Analisi e diritto,* 55-68.

DUARTE D'ALMEIDA, L.; EDWARDS, J., y DOLCETTI, A. (eds.), 2013: *Reading H.L. Hart's «The Concept of Law»,* Oxford: Hart Publishing.

DWORKIN, R., 1975: «Hard Cases», *Harvard Law Review,* 88: 1057-1109.

— 1989: *L'impero del diritto* (1986*),* Milano: Il Saggiatore.

— 1990a: *Questioni di principio* (1985), Milano: Il Saggiatore.

— 1990b: «La comunità liberale», *Teoria politica,* 1: 1: 33.
— 1996: *The Moral Reading of American Constitution*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
— 2000: *The Theory and Practice of Equality*, Cambridge-London: Harvard University Press.
— 2007: *La democrazia possibile: principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Milano: Feltrinelli.
— 2010a: *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna: Il Mulino.
— 2010b: *La giustizia in toga*, Roma-Bari: Laterza.
— 2013a: *Giustizia per i ricci* (2006)*,* Milano: Feltrinelli.
— 2013b: *Religione senza Dio* (2013)*,* Milano: Feltrinelli.
— 2013c: «Legal Theory from the Inside Out», *Notizie di Politeia,* XXIX: 109 ss.
ENDICOTT, T., 2013: *La generalità del diritto,* Modena: Mucchi.
FALLON, R. H., 2010: «Is Moral Reasoning Conceptual Interpretation?», *Boston University Law Review,* 90: 535-550.
FINNIS, J., 1982: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
— 1992: «Natural Law and Legal Reasoning», en R. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory*, 134-157, Oxford: Clarendon Press.
GREEN, M. S., 2003: «Dworkin's Fallacy, Or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law», *Virginia Law Review,* 89: 1897-1952.
— 2005: «Legal Realism as Theory of Law», *William and Mary Law Review,* 6: 1917-200.
— 2007: «Dworkin v. the Philosophers: A Review Essay on Justice in Robes», *University of Illinois Law Review,* 5: 1477-1527.
HABERMAS, J., 2011: «Ronald Dworkin. Un solitario nella cerchia degli studiosi di diritto», en *id., Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, Roma-Bari: Laterza.
HART, H. L. A., 1979: «Bentham Between Utility and Rights», *Columbia Law Review,* 79: 828-846.
— 2002: *Il concetto di diritto* (1994), 2.ª ed., Torino: Einaudi.
HERSHOVITZ, S., 2006: *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford: Oxford University Press.
HIMMA, K. E., 2000: «H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory,* 6: 1-43.
— 2002: «Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured», *Legal Theory,* 2: 145-183.
HUTCHINSON, A. C., 1987: «Indiana Dworkin and Law's Empire», *The Yale Law Journal,* 96: 637-655.
KRAMER, M., 2000a: «How Morality Can enter the Law», *Legal Theory,* 6: 83-108.
— 2000b: «Throwing Light on the Role that Moral Principle Play in the Law», *Legal Theory,* 8: 115-143.
LEITER, B., 2005: «Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence», *University of Texas Law, Public Law Research Paper,* 34.
MACKIE, J., 1977: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth: Penguin Books.
— 1984: «The Third Theory of Law», en M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa (N. J.): M. Cohen, Rowman & Allaheld, 172-181.
MARMOR, A., 2006: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford-Portland: Hart Publishing.
MCLAIN, L., 2010: «Justice and Elegance for Hedgehogs - In Life, Law, and Literature», *Boston University Law Review,* 90: 864-902.
MENGONI, L., 1996: «L'argomentazione nel diritto costituzionale», en *id., Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano: Giuffré, 115-140.
MINDA, G., 2002: *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna: Il Mulino.
MITCHELL, T., 1983: *The Politics of Interpretation*, Chicago-London: University of Chicago Press.

MORESO, J. J., 2003: «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», en E. DICIOTTI (ed.), *Diritti umani ed oggettività della morale*, Siena: Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, 9-40.

PASTORE, B. 1985: *I principi ritrovati*, Palermo: Ila Palma.

— 1993: «Integrità, tradizione, interpretazione», *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* 70: 43-78.

PINO, G., 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino.

PINTORE, A., 1982: *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano: Giuffré.

POSTEMA, G., 1987: «"Protestant" Interpretation and Social Practices», *Law and Philosophy,* 6: 283-319.

RAWLS, J., 1982: *Una teoria della giustizia* (1971), Milano: Feltrinelli.

RAZ, J., 1978: «Professor Dworkin's Theory of rights», *Political Studies,* 26: 123-137.

— 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.

— 1986: *Dworkin:* «A New Link in the Chain», *California Law Review,* 74: 1103-1119.

— 2003: «Two Views of the nature of law: A Partial Comparison», *Legal Theory,* 9: 249-282.

RIPSTEIN, A., 2007: *Ronald Dworkin*, Cambridge: Cambridge University Press.

SCHIAVELLO, A., 1998: *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino: Giappichelli.

— 2004: *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Torino, Giappichelli.

SEN, A., 1984: «Rights and capabilities», en *id., Resources, Values and Development*, Oxford: Blackwell, 307-324.

SHAPIRO, S., 2007: «The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexes», *University of Michigan Law School, Working paper,* 77.

SMITH, D., 2009: «Has Raz Drawn the Semantic Sting?», *Law and Philosophy,* 28: 291- 325.

— 2010: «Theoretical Disagreement and the Semantic Sting», *Oxford Journal of Legal Studies,* 30: 635-661.

SOLUM, L., 2010: «The Unity of Interpretation», *Boston University Law Review,* 90: 551-578.

VECA, S., 2013: «La lezione di Ronald Dworkin», *Notizie di Politeia,* 109: 3-5.

VILLA, V., 2000: «*Alcune chiarificazioni concettuali* sulla nozione di *inclusive positivism*», *Analisi e diritto,* 255-288.

VIOLA, F., 1990: *Il diritto come pratica sociale*, Milano: Jaca Book.

VVAA, 2010: «Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin's Forthcoming Book», *Boston University Law Review,* 2: 465-1086.

WALDRON, J., 1992: «The Irrelevance of Moral Objectivity», en R. P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press, 158-187.

WALUCHOW, J. W., 1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press.

YOWELL, P., 2007: «A critical examination of Dworkin's theory of rights», *American Journal of Jurisprudence,* 52: 93-138.

ZACCARIA, G., 1996: *Questioni di interpretazione*, Padova: Cedam.

— 1998: «Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin», *Ragion pratica,* 11: 135:152.

ZAGREBELSKY, G., 1992: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino: Einaudi.

EL POSTPOSITIVISMO DE LA «OPTIMIZACIÓN»: SOBRE EL CONCEPTO DE PRINCIPIO JURÍDICO DE R. ALEXY*

Alí Lozada

Universidad de Alicante

RESUMEN. El propósito del trabajo es proponer un esbozo reconstructivo de la teoría de los principios como mandatos de optimización, a fin de apuntar algunas observaciones críticas. La idea reconstructiva rectora es que la optimización de los principios no significa sino el uso ineludible de ciertos modelos argumentativos en la práctica jurídica, en los cuales los principios cumplen papeles operativos típicos, que les son definitorios. La caracterización de tales modelos, por un lado, permite descartar ciertas interpretaciones originadas en la equivocidad del término «optimización», y por otro, deja vislumbrar algunas insuficiencias en el postpositivismo de Robert ALEXY.

Palabras clave: ALEXY, optimización, ponderación, postpositivismo, principios, proporcionalidad, razones para la acción, valores.

Postpositivism of «optimization»: on the concept of legal principle of R. Alexy

ABSTRACT. In this paper we find a critical approach to the theory of principles as optimisation commands. For this purposes the author proposes a reconstructive draft revolving on the idea that the optimisation of principles implies the necessary use of certain kind of argumentative models in legal practice; models in which principles play their very typical operative role. Characterizing such models will allows us, on the one side, to reject certain interpretations based on the equivocal meaning of the term «optimisation» and, on the other, to become aware of some insufficiencies of Robert ALEXY's version of post-positivism.

Keywords: ALEXY, optimisation, balancing, post-positivism, principles, proportionality, reasons for action, values.

* Fecha de recepción: 18 de julio de 2016. Fecha de aceptación: 4 de agosto de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12

¿Qué hombre sabio, si se le forzara a escoger
entre vivir sin rosas y vivir sin coles, no aseguraría las coles?

George Bernard SHAW (*The Apple Cart. A Political Extravaganza*)

1. INTRODUCCIÓN

Las últimas han sido décadas de emergencia y desarrollo del denominado *postpositivismo* (*v. gr.*, en ATIENZA y RUIZ MANERO, 2009: 259ss.), o *constitucionalismo argumentativo* (*v. gr.* en ATIENZA, 2007: 115ss.; y FERRAJOLI, 2011: 20). Esta concepción iusfilosófica asume al derecho como una *práctica social* dotada de una *dimensión argumentativa* que le es troncal, de manera que la *tesis postpositivista fundamental* sería la de que hay una *vinculación argumentativa necesaria* entre la práctica del derecho y la práctica de la moral (sobre esto, *vid.* LOZADA, 2016: 17ss.); lo que supone que, en la práctica jurídico argumentativa, no solamente operan resortes autoritativos sino también morales. Para dar cuenta de esto, el postpositivismo ha acuñado una categoría que le es cardinal, la de *principio jurídico*: estos serían una suerte de bisagra (o de «puente», en términos de ALEXY) que articula la práctica justificativa del derecho con la de la moral. Por eso, la gran mayoría de los autores postpositivistas (pensemos en ALEXY, ATIENZA, DWORKIN, RUIZ MANERO, etc.) han propuesto sus respectivas versiones teóricas de los principios jurídicos.

Una de las claves centrales —por tanto— para el estudio crítico del postpositivismo, y para su eventual desarrollo, está en el examen de las teorías de los principios defendidas por los diferentes autores de aquella corriente iusfilosófica, encaminado a elucidar cuál es el mínimo común denominador de todos ellos, es decir, el modelo principialista general, y cuáles son las peculiaridades de los diferentes modelos particulares. Pretendo, con este trabajo, dar un paso «inevitablemente» corto en esa dirección: me ocuparé del concepto de principio jurídico de ALEXY, limitándome a proponer un esbozo de reconstrucción de los principios como «mandatos de optimización» y a barruntar algunas observaciones críticas.

2. GÉNESIS DE LA IDEA DE «MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN»: LA CRÍTICA A DWORKIN COMO PUNTO DE PARTIDA

Como es bien conocido, ALEXY publicó en 1978 su *Teoría de la argumentación jurídica* (*Theorie der Juristischen Argumentation*). No obstante, como el propio autor constata, «la ponderación no fue un tema dentro de [esa obra...]. El concepto de ponderación (*Abwägung*) no aparece siquiera en el índice temático. [...] El concepto de principio, a diferencia del de ponderación, sí [...]. Sin embargo, los principios se encuentran definidos de forma contraria a lo que la teoría de los principios [la del propio autor] sostiene, es decir, están definidos como "enunciados normativos con un alto nivel de generalidad"» (ALEXY, 2011a: 67). El desarrollo propiamente de la teoría alexyana de los principios arranca con su artículo de 1979, *Sobre el concepto de principio jurídico* (*Zum Begriff des Rechtsprinzips*), en el que aborda críticamente la dis-

tinción entre reglas y principios trazada por DWORKIN en su célebre trabajo *El modelo de las reglas* (*The Model of Rules*), de 1967.

Recordemos que el meollo de la distinción dworkiniana radicaba en lo siguiente: las reglas son aplicables *a la manera de todo-o-nada*; mientras que los principios presentan la *dimensión del peso o importancia* (*vid.* DWORKIN, 1967). A este respecto, ALEXY observa, en primer lugar, que aquella «no es una distinción de grado. Los criterios de distinción no son comparativos, sino estrictamente clasificatorios. Eso significa», añade ALEXY, «que la frecuentemente problemática distinción de acuerdo con el grado de generalidad [...] es rechazada por DWORKIN», quien defiende una «tesis fuerte de la distinción»: «la distinción entre reglas y principios no es una distinción de grado, sino que reglas y principios son normas con estructuras lógicas completamente diversas» (ALEXY, 2014: 207). Sin embargo, en opinión de ALEXY, el señalado carácter todo-o-nada es inepto para distinguir en sentido fuerte las reglas de los principios, ya que depende de que todas las posibles excepciones a las reglas sean enumerables de antemano, lo que es imposible; como también lo es, en los ordenamientos jurídicos modernos, contar exclusivamente con reglas que no aceptan excepciones; cuando más, lo que puede hacerse es incorporar en ellas cláusulas generales de reserva como, por ejemplo «si no está exigido algo distinto a partir de otras razones jurídicas», lo que si bien dotaría de carácter todo-o-nada a las reglas, lo haría en un sentido que también lo tendrían los principios, ya que también en estos se pueden incorporar cláusulas como, por ejemplo «si ningún otro principio, con resultado contradictorio, tuviera precedencia» (*ibid.,* 209 y ss.). ALEXY considera, en cambio, que la dimensión del peso atribuido por DWORKIN a los principios sí provee un criterio sobre el que erigir la tesis fuerte de la distinción que nos ocupa, ya que dicho peso se manifiesta en la manera en que los principios colisionan entre sí, marcando una diferencia cualitativa con la forma en que las reglas conflictúan unas con otras (*ibid.,* 213 y ss.). En el artículo de 1979, además, ALEXY bosqueja las ideas básicas de su propia teoría de los principios: para él, la clave para conceptualizarlos, yendo más allá de DWORKIN, está en preguntarse por qué los principios cuando colisionan se comportan en la forma peculiar ya descrita por el autor norteamericano. Su respuesta embrionaria fue que eso tiene que ver con que «los principios mandan, prohíben o permiten algo que puede ser más o menos cumplido», lo que «se expresa claramente a través del principio de proporcionalidad. Característico de tales prescripciones es, por tanto,» escribe ALEXY, «el hecho de que ellas contienen mandatos de optimización». Y complementa: «En vez de mandatos de optimización, en alusión por ejemplo a la utilización de estos conceptos por MOORE, VON WRIGHT y SCHELER, se podría hablar de "deber ser ideal" o "ideales"», concepto que, al decir de ALEXY, «puede ser usado para esclarecer el carácter *prima facie* especial de los principios» (*ibid.,* 221 y ss.). La «optimización» viene a ser, entonces, el meollo de la distinción alexyana entre reglas y principios.

Como bien se sabe, ALEXY desarrolla su teoría de los principios en su *Teoría de los derechos fundamentales*, publicada en 1985. Allí formula su tesis fuerte de la distinción entre principios y reglas. Los primeros serían «mandatos de optimización», en el sentido de que «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas [...Ellos] están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurí-

dicas». Mientras que las reglas serían «mandatos definitivos», es decir, «normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente». De esta manera, nuestro autor traza una distinción cualitativa y no de grado (como la basada en el criterio de generalidad); en cuya virtud, «[t]oda norma es o bien una regla o un principio». (ALEXY, 2002b: 86 y ss.), proporcionando así, como afirma RUIZ MANERO, «una explicación de la distinción entre reglas y principios que no es incompatible con la de DWORKIN, sino de un grado superior a esta: la diferencia entre ambos tipos de estándares anotada por ALEXY da cuenta del porqué de las diferencias anotadas por DWORKIN» (RUIZ MANERO, 1990: 159).

Al decir de ALEXY, la distinción tal como él la propone se manifiesta en la diferencia estructural en que se solucionan, por un lado, los conflictos de reglas y, por otro, las colisiones de principios: «Un conflicto entre reglas», escribe ALEXY, «solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas» (ALEXY, 2002b: 88). «Cuando dos principios entran en colisión», en cambio, «uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que ocurre es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa» (*ibid.,* 89). El examen de la teoría alexyana de los principios va a consistir, entonces, en la elucidación de qué debe entenderse por «mandatos de optimización» y de cómo este concepto configura los modelos argumentativos para la solución de colisiones de principios.

3. «MANDATOS» «DE» «OPTIMIZACIÓN» Y «MÁXIMA DE LA PROPORCIONALIDAD»

En *Teoría de los derechos fundamentales*, ALEXY explica que cuando él sostiene que los principios son «mandatos», está empleando este término «en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones» (ALEXY, 2002b: 86). Sin embargo, no realizó ninguna explicación similar acerca de qué quiere decir con que tales mandatos son «de» optimización. De esto se ocupó en *Sobre la estructura de los principios jurídicos* (*Zur Struktur der Rechtsprinzipien*), trabajo publicado en 2000. Allí contestó a la siguiente crítica de AARNIO: «Un mandato, de acuerdo con el concepto [de ALEXY], es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización es también una regla que no puede ser aplicada "más o menos". O se optimiza o no se optimiza. Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios valorativos, los principios deben ser armonizados de manera óptima y solo de esta manera» (ALEXY, 2003d: 27). La respuesta de ALEXY fue que «[r]esulta necesario diferenciar los mandatos que se optimizan y los mandatos de optimización. [...] Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar. Como tales, contienen un deber ser ideal, todavía no contienen un deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas». Sin embargo,

ALEXY considera que «tiene todo el sentido referirse a los principios como mandatos de optimización», porque «[e]xiste una relación necesaria entre el deber ser ideal, es decir, el principio como tal, y el mandato de optimización, en cuanto regla. El deber ser ideal implica al mandato de optimización y viceversa. Son las dos caras de una misma moneda» (*ibid.,* 110-112).

De acuerdo con lo anterior, los principios son ideales sujetos a una regla de optimización. ¿Cuál es esa regla? Esto es respondido por el siguiente postulado alexyano: «Entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión [...que] no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad y esta implica aquella (*sic*). Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él». «De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto», escribe ALEXY, «se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas» (*ibid.,* 111-113). Se colige, entonces, que la regla que manda optimizar la idealidad de los principios (y que se vincula conceptualmente con estos) es la máxima de la proporcionalidad, integrada por las aludidas tres máximas parciales.

Hoy por hoy, el uso del principio de proporcionalidad se ha extendido muy ampliamente como resultado de la propagación del Estado constitucional en la geografía del mundo y de la creación de tribunales supranacionales de derechos humanos, sin embargo, sus primeras formulaciones se remontan —cuando menos— al derecho público europeo del siglo XVIII (*vid.* BERNAL, 2007: 41 y ss.). Como nos recuerda BERNAL, la configuración del principio de proporcionalidad tendría su origen más claro en el contractualismo iusnaturalista de la época de la Ilustración, del que brotan dos presupuestos filosófico-políticos: «la idea de que la libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo» y «la convicción de que la potestad estatal para intervenir en la libertad solo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad». Así, en palabras de BERNAL, «[e]l disfrute de la libertad aparece entonces como la situación normal y la intervención estatal como una circunstancia excepcional, limitada en sus efectos a lo inexcusable», por lo que «[e]sta concepción del poder político fue el sustrato propicio para que se comenzara a exigir que las intervenciones estatales en la libertad individual fuesen proporcionadas» (*ibid.,* 44-46). Por ello, la dogmática sobre el principio de proporcionalidad que se ha desarrollado en décadas recientes se enfoca principalmente en el uso de aquel principio por parte de los tribunales constitucionales cuando se trata de juzgar si una ley ha vulnerado derechos fundamentales. En ese contexto, como BERNAL escribe, «[e]l principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control constitucional de las leyes» (*ibid.,* 81).

Si bien la teoría de los principios de ALEXY tiene como punto de partida el esquema dogmático de la máxima de proporcionalidad, cuyo contexto particular es el que se acaba de mencionar, la pretensión de la tesis de los principios como mandatos de optimización es la de proponer un esquema teórico general, inherente a la operatividad de los principios jurídicos como razones para la acción en cualquier contexto justificativo en que ellos intervengan. En esa medida, podemos afirmar que la máxima de la proporcionalidad es interpretada por ALEXY como una regla (o conjunto de reglas) configuradora(s) de un determinado esquema argumentativo complejo (o un conjunto de esquemas argumentativos simples, correspondientes a cada una de las máximas parciales), dentro del cual los principios actúan como razones para la acción[1] dotadas de una peculiar operatividad justificativa. Es decir, la naturaleza de los principios estaría en que son susceptibles de un uso argumentativo típico: el que surge de la máxima de la proporcionalidad y que ALEXY elige llamar «optimización» (fáctica y jurídica).

4. LA «OPTIMIZACIÓN» Y SU EQUIVOCIDAD

No son claras las razones por las que ALEXY eligió el término «optimización». Me atrevo a conjeturar que él buscó explicar la racionalidad de los principios jurídicos en el discurso jurídico-justificativo (y distinguirla de la de las reglas) estableciendo una analogía entre esta y la racionalidad económica basada en la eficiencia, es decir, en la óptima relación entre costos y beneficios. Con esta analogía, ALEXY posiblemente buscó mostrar el contraste entre las que para él —en palabras que usaría en un trabajo de 2003— son las «dos dimensiones del razonamiento jurídico: una clasificatoria [*classifying*, conectada a la subsunción de reglas] y otra mensurativa [*graduating*, ligada a la ponderación de principios]» (ALEXY, 2003c: 448). El recurso a esa analogía pudo haberse inspirado en la constatación hecha por Bernard SCHLINK —en 1976— en el sentido de que la máxima de la necesidad representa una extrapolación al derecho del óptimo de Pareto (ALEXY, 2002b: 164, nota 222; BERNAL, 2007: 741) pues, como se verá más adelante, ALEXY traza explícitamente un nexo inevitable entre el óptimo de Pareto y la optimización fáctica de los principios. Debe constatarse, no obstante, que la anterior analogía fue mostrada de manera oscura en *Teoría de los derechos fundamentales*, lo que dejó a la «optimización» en la equivocidad, sin que las aclaraciones posteriores hayan logrado mitigarla; prueba de ello es que el término en cuestión ha sido entendido, al menos, en los tres sentidos que paso a caracterizar.

De acuerdo con una primera interpretación, la optimización de principios consistiría en la *maximización de un estado de cosas*. Con este sentido se correspondería la crítica de ATIENZA y RUIZ MANERO al concepto alexyano de principio. Aquellos autores, como se sabe, distinguen dos clases de principios: los «principios en sentido estricto» y las «directrices o normas programáticas». La diferencia estriba en que, si bien los dos tipos de norma presentan condiciones de aplicación abiertas (a diferencia de las reglas), los principios en sentido estricto tienen el consecuente cerrado, o sea,

[1] Esto es así aunque ALEXY afirme que los principios son razones para la acción únicamente de manera indirecta, pues de modo directo serían, más bien, «razones para normas» (ALEXY, 2002b: 101).

determinan la conducta prescrita, en tanto que las directrices configuran de manera abierta el modelo de conducta prescrito, dejándola indeterminada; por ello, los primeros son considerados *normas de acción*, mientras que las directrices, *normas de fin*; estas últimas ordenan o prohíben la consecución de objetivos determinados, de estados de cosas con ciertas característica (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 32 y ss.). «De ahí que», para los autores españoles, «a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de todos es[os] objetivos» (*ibid.,* 33 y ss.)[2]. Pues bien, partiendo de la distinción expuesta, ATIENZA y RUIZ MANERO consideran que la caracterización de los principios como *mandatos de optimización*, según la cual los principios pueden ser cumplidos en diversos grados, es «distorsionadora» en relación con los principios en sentido estricto, porque un principio así «o se cumple o no se cumple», pero «perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices», donde «caben modalidades graduables de cumplimiento» (*ibid.,* 31 y 33 y ss.). A esta primera interpretación corresponderían también las críticas que POSCHER ha dirigido a la teoría de ALEXY. En opinión de aquel, es equivocada la ya expuesta distinción alexyana entre, por un lado, los principios entendidos como *mandatos a optimizar* y, por otro, las reglas que operan como *mandatos de optimización* de los principios-objeto. Y lo sería porque «para reconstruir mandatos de optimización no se precisan mandatos que deban optimizarse, sino tan solo objetos que deban optimizarse. Los mandatos de optimización ordenan que se optimice algo, pero no ordenan que se optimicen *mandatos*» (POSCHER, 2011: 81)[3].

Una segunda interpretación entendería que la optimización de los principios consiste en la *fusión de estados de cosas a maximizar*. En este sentido, PRIETO (en un trabajo publicado en 1992) parece asumir que, según ALEXY, los principios son «peculiares normas que pueden ser cumplidas en parte o hasta cierto punto», por lo que «al entrar en conflicto, admiten un cumplimiento simultáneo merced a la idea de mandato de optimización», pues «se considera posible conjugarlas en la mayor medida posible» (PRIETO, 1992: 25 y 48)[4]. Una lectura similar parece tener SIECKMANN. Para él, la op-

[2] Para ilustrar todo esto, los referidos dos autores, dan como ejemplo de principio en sentido estricto el expresado por el art. 14 de la Constitución española, que prohíbe la discriminación; y, de directriz, la expresada en el art. 51.1 de la misma Constitución, que ordena proteger mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2006).

[3] POSCHER da un ejemplo: el art. 2, párr. 2, de la Ley Fundamental alemana «contendría el mandato de optimizar la integridad corporal y la salud, así como la vida. Pero la salud y la vida no son mandatos ni objetos normativos, sino objetos empíricos. [...] Los objetos de los mandatos de optimización adquieren fuerza normativa a través del mandato, incluido en los mandatos de optimización, de aumentar un objeto dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. [...] El sentido o dirección de la optimización no se encuentra tampoco predeterminado por el objeto del mandato, sino por el mandato de optimizar, el cual, por lo general, establece a través del contexto si el objeto, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, debe ser maximizado o minimizado» (POSCHER, 2011: 81).

[4] Esto se apreciaría en un ejemplo que el mismo autor ofrece: «Imaginemos una cláusula testamentaria en la que un padre impone a su hijo como condición para acceder a los bienes (legítima y libre disposición) que no contraiga matrimonio con una mujer de religión judía». Para resolver el caso, en opinión de PRIETO, el juez podría renunciar sin más a la «idea de optimización», dando total preferencia a uno de los dos principios en juego: el de igualdad, que prohíbe la discriminación religiosa y racial, y el de autonomía de la voluntad, que protege las intenciones del testador. Sin embargo, en opinión del autor español, también sería posible que el juez (aplicando la idea de optimización) «intentase ponderar ambos principios, diciendo que el testamento es

timización alexyana presupone que la satisfacción plena de tales principios no es posible, por lo que ellos «pueden ser realizados solo en una medida determinada, en cierto grado. El grado de cumplimiento corresponde —según SIECKMANN— a la relación entre el grado de cumplimiento alcanzado y la satisfacción plena». De este modo, las posibles soluciones a un caso «pueden contemplarse como combinaciones de los grados de satisfacción de los principios en colisión», frente ello, «puede preguntarse cuál combinación de los grados de satisfacción es óptima y por tanto est[á] definitivamente ordenada» (SIECKMANN, 2006: 163 y ss.).

Si bien se observa, esta segunda interpretación parece ser una consecuencia de la primera, pues el asumir la optimización como *maximización* de un estado de cosas implicaría el que debamos entender la optimización, también, como *fusión* de estados de cosas a maximizar, salvo que introduzcamos una —muy poco plausible— priorización lexicográfica entre los referidos estados de cosas. Dicha fusión consistiría en combinar, en un solo acto decisorio (simple o complejo), los distintos grados de realización de los estados de cosas perfilados por cada principio en juego[5].

La tercera interpretación, en fin, es independiente de las dos anteriores y entiende la optimización *jurídica* de ALEXY como la *maximización de la frecuencia de triunfos ponderativos* de un determinado principio. PECZENIK parecería adscribir a esta comprensión cuando sostiene que, de acuerdo con la teoría de ALEXY, «[c]ada principio puede ser una razón *prima facie* para la acción. Pero pueden colisionar de manera tal que, por ejemplo, un incremento de respeto por la igualdad en el caso particular de que se trate pueda causar una disminución de la libertad y viceversa. Se necesita entonces un acto de sopesar y ponderar para escoger entre ellos en un caso individual». Por lo que «un principio alexyano nunca vence *totalmente*», pues «establece un ideal que puede ser llevado a efecto *en una cierta clase de casos, más o menos extensa*» (PECZENIK, 1992: 327-328; las cursivas son del texto). En la misma dirección se orientaría GARCÍA FIGUEROA en un libro publicado en 1998. Para él, «la aplicabilidad graduable propia de los principios puede predicarse de la intensidad de la aplicación (peso) o bien de la frecuencia de la aplicación (número de casos en que el principio *se impone*)». Lo explica de la siguiente manera: «La intensidad de un principio sería graduable en caso de aplicación parcial de su contenido. El principio se aplicaría más o menos intensamente. Por ejemplo, si en caso de que en un conflicto entre el principio de protección de la intimidad y el principio de libertad de información se

nulo por lo que se refiere a la legítima, pero válido en relación con los bienes de libre disposición» (PRIETO, 1992: 48 y ss.).

[5] Esto tendría que ver con el tipo de «ponderación» que ATIENZA y RUIZ MANERO adscriben a las directrices, que consistiría «esencialmente en concretar un fin y/o sus formas de realización, teniendo en cuenta los límites marcados por otros fines y eligiendo medios que sean aptos para lograr el fin en cuestión, deteriorando lo menos posible el logro de otros fines también ordenados. [...] Es por ello», escriben los dos autores, «que la concreción de fines y de sus formas de realización que el cumplimiento de directrices entraña implica necesariamente, de un lado, una cierta priorización —aunque, desde luego, no lexicográfica— de los diversos fines ordenados (a la que se podrían oponer otras priorizaciones igualmente admisibles) y, de otro, juicios, en la mayor parte de las ocasiones fuertemente controvertibles, sobre relaciones medio-fin» (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 37 y ss.). Este procedimiento racional contrastaría, en opinión de ATIENZA y RUIZ MANERO, con la clase de «ponderación» propia de los principios en sentido estricto, la que, más bien, consistiría «esencialmente en construir casos genéricos (conjuntos de propiedades) y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otro(s) principio(s) concurrente(s)» (*ibid.,* 37), modalidad de ponderación que se correspondería, como luego se verá, con la «optimización jurídica» de ALEXY.

alcanzara una solución intermedia consistente en satisfacer el derecho a la intimidad en 0,8 y el derecho a la información en 0,2» (GARCÍA FIGUEROA, 1998: 190; la cursiva corresponde al texto). Mientras que «[l]a frecuencia de aplicación de los principios sería graduable en caso de su aplicación variable. El principio se aplicaría más o menos frecuentemente [..] Se produce, por usar la expresión de GUASTINI, una «jerarquía móvil»» (*ibid.,* 191). Pues bien, sobre la base de la anterior distinción, GARCÍA FIGUEROA adscribe el concepto alexyano de principio a la optimización tomada como «*frecuencia* de aplicación» (*ibid.,* 191 y ss.) y no a la entendida como «*intensidad* de la aplicación» (a la que, por cierto, parece corresponder el concepto de *directriz*). A partir de estos planteamientos, LOPERA distingue dos sentidos en los que, según ella, puede entenderse la idea de que los principios como mandatos de optimización «ordenan que algo se realice "en la mayor medida posible"». «Como *intensidad* de la aplicación: predicable en el caso de aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo (en una escala de 0 a 100 por 100), como sucede con la mayoría de los principios que prescriben la obtención de un *estado de cosas* (las directrices, en el lenguaje de ATIENZA y RUIZ MANERO)» Y «[c]omo *frecuencia* de la aplicación. Tal es el sentido que adquiere la exigencia de cumplimiento «en la mayor medida posible» respecto de aquellos principios cuyo objeto no admite una realización aproximativa («no matar», «no discriminar»), caso en el cual la exigencia que incorpora el mandato de optimización es una exigencia de cumplimiento «en el mayor número de ocasiones posibles». En este sentido», prosigue LOPERA, «cabe entender la graduabilidad incorporada a la noción de mandato de optimización en el caso de aquellos principios que prescriben la realización de *acciones*» (LOPERA, 2004: 231; las cursivas son del texto), es decir, los principios en sentido estricto de ATIENZA y RUIZ MANERO. Aunque LOPERA no es del todo clara en este punto, ella parece adjudicar al concepto alexyano de principio —como lo había hecho GARCÍA FIGUEROA— el sentido de optimización como «*frecuencia* de la aplicación».

La expuesta pluralidad de interpretaciones a que ha dado lugar la tesis de los mandatos de optimización es, como se dijo, una consecuencia de la equivocidad del término «optimización», lo que, teniendo en cuenta la centralidad que ALEXY concede a esta en su edificio teórico, viene a ser —digamos así— un aspecto subóptimo del mismo, debido a que la claridad conceptual de este se ve reducida dificultándose su crítica.

Esbozaré, enseguida, una reconstrucción del concepto alexyano de principio, teniendo como idea rectora la siguiente: la naturaleza de los principios viene dada por su conexión necesaria con ciertos *modelos argumentativos típicos*, los configurados por las reglas correspondientes a las tres máximas parciales de la proporcionalidad. Por ello, básicamente, me ocuparé de bocetar dichos modelos en torno a sus dos elementos (que para nuestros fines son) centrales: por un lado, los *problemas argumentativos típicos* que ellos presuponen, a los que debe responderse mediante la actividad argumentativa; y por otro, los *roles operativos típicos* atribuidos, en el marco de tal actividad, a los principios en cuanto razones para la acción[6].

[6] Sobre el concepto y las dimensiones de la argumentación jurídica, *vid.* ATIENZA, 2006 y 2013.

5. LA OPTIMIZACIÓN FÁCTICA O PARETIANA

Como ya se dijo, ALEXY vincula conceptualmente la optimización fáctica con las máximas —o subprincipios— de la *adecuación* (o de la *idoneidad*) y de la *necesidad*. Para explicar la máxima de la adecuación, el autor alemán proporciona el siguiente ejemplo: «[s]upongamos que el legislador introduce la norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado. *N* infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado [...a la que identificaremos como principio *P1*]. La libertad de expresión [...a la que llamaremos principio *P2*]. Supongamos ahora que la norma *N* no es adecuada para promover *P1*, esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe *P2*, o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida *N*, que aceptando la validez de *N*. Aceptar la validez de *N* no conlleva ninguna ganancia para *P1* sino solo pérdidas para *P2*» (ALEXY, 1993: 32). La máxima de la necesidad, por su parte, puede explicarse retocando el ejemplo anterior: supongamos que se consideran las normas *N* y *N›*, ambas suficientemente adecuadas para promover la seguridad del Estado, *P1*; y que, de aquellas, *N›* afecta menos la realización de la libertad de expresión, *P2*, que *N*. En esta situación, *N* no es necesaria para realizar *P1*, porque *P1* puede ser cumplido con un costo menor.

ALEXY es enfático al sostener que si bien esas dos máximas «expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas», esto «tiene muy poco que ver con un "punto máximo"» (ALEXY, 2002a: 27). Así, por lo que respecta a la máxima de la adecuación, el autor aclara que esta «no consiste en navegar hacia un punto máximo», sino que «tiene más bien el *status* de un criterio negativo [«establece un límite negativo» (ALEXY, 2003b: 62)], mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos [...], su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo» (ALEXY, 2002a: 28). En tal virtud, para nuestro autor, esa máxima «[n]o es otra cosa sino una expresión de la idea del óptimo de Pareto. Una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra» (ALEXY, 2011c: 13 y ss.). Y, en lo concerniente a la máxima de la necesidad, en palabras de ALEXY, esta «también es una expresión de la idea del óptimo de Pareto. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra». Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, de manera similar a lo que ocurría con la máxima de la adecuación, según la máxima de la necesidad, «[a]l legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin solo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia ningún punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios» (ALEXY, 2002a: 29); esta máxima opera, entonces, «de manera negativa» (ALEXY, 2003b: 63 y ss.). Coherentemente con todo lo anterior, ALEXY sostiene: «Al haber delimitado el concepto de lo fáctico de esa manera, muchas cosas que en el lenguaje cotidiano designan lo fáctico —como por ejemplo lo económicamente deseable o ideas similares, o la socialización o la resocialización del hombre— entran, como fines, a la segunda categoría, la de las posibilidades jurídicas. Aquí, los aspectos

culturales, morales y económicos, además de los legales, en todo caso juegan, a primera vista, un considerable papel» (ALEXY, 2003a: 92 y ss.).

La optimización fáctica, entonces, puede reconstruirse como un modelo argumentativo complejo, integrado por dos modelos simples con sendos problemas argumentativos. El primero es el *esquema de la adecuación* y su problema típico sería este: dada una medida, M1, adoptada con miras a satisfacer un principio que opera como *fin*, $P1^f$, y bajo el presupuesto de que M1 socava el principio que frente al anterior opera como su *restricción*, $P2^r$, ¿es M1 adecuado para la realización de $P1^f$? Y el segundo es el *esquema de la necesidad*, cuyo problema típico sería el siguiente: Dado un contexto en el que se consideran dos medidas, M1 y M2, ambas igualmente adecuadas para la realización de un principio que opera como *fin*, $P1^f$, y bajo el presupuesto de que M1 socava el principio que frente al anterior, opera como «su» *restricción*, $P2^r$, ¿es M2 menos perjudicial que M1 (o nada perjudicial) para $P2^r$? Los dos problemas señalados determinan que la argumentación desplegada en los modelos de la adecuación y de la necesidad tienen como propósito establecer si está justificado o no proscribir la adopción de la medida en cuestión por considerarse que es *in*adecuada y/o *in*necesaria para la consecución de un cierto principio que opera como *fin*[7], presuponiendo que tal medida es perjudicial para un principio que opera como *restricción* del primer principio.

Los dos principios en juego, como se observa, tienen operatividades asimétricas entre sí. El uno cumple un papel *restrictivo*, opera como razón para *privar de justificación* prima facie *a ciertas acciones*. El otro principio, en cambio, cumple el papel de *fin*, opera como razón para *dotar de justificación* prima facie *a determinados cursos de acción*. El primero de estos dos roles alude al comportamiento de los principios como *límites negativos*, conceptualmente próximos a las «restricciones laterales» (*side constraints*) de NOZICK (NOZICK, 1974: 28 y ss.), si bien ellas no tienen carácter *prima facie* sino definitivo. Esta faceta operacional de los principios es la que está en el *foco* de la optimización fáctica. Así, por lo que respecta al modelo de la adecuación, la focalidad operativa de $P2^r$ está en que su socavamiento por parte de M1 es el presupuesto para que el problema de la adecuación tenga lugar: de no ser ese el caso, ni siquiera llegaría a plantearse la pregunta de si M1 es *en alguna medida* un medio adecuado para realizar $P1^f$. Es decir, esta cuestión —la de la relación medio/fin— por sí sola es irrelevante para el modelo de la adecuación: argumentar sobre la inadecuación de M1 respecto de $P1^f$ carece de pertinencia para ese modelo, a menos que previamente se haya argumentado que M1 socava $P2^r$. Y, en lo concerniente al modelo de la necesidad, la focalidad operativa de $P2^r$ reside, por un lado, en que aquí también se presupone que M1 socava $P2^r$; y por otro, en que el problema de la necesidad requiere argumentar sobre la posibilidad o no de reducir el detrimento de $P2^r$ mediante la elección, de entre los medios considerados en el contexto decisorio de referencia, de aquel que, siendo igualmente adecuado que M1 para realizar $P1^f$, socave a $P2^r$ en menor grado.

---

[7] Nótese que prefiero distinguir entre *principios que operan como fin* y *principios que operan como restricción,* en lugar de emplear la distinción —que juzgo más o menos equivalente— de ATIENZA y RUIZ MANERO entre *principios en sentido estricto y directrices.* La razón principal de esto es que, a mi juicio, se da mejor cuenta de la construcción alexyana —lo que se verá al final de este trabajo, según aspiro— si, en lugar de distinguir entre dos tipos de principios, se distingue entre dos tipos de operatividad de los principios.

Parece claro, entonces, que tanto en la adecuación como en la necesidad, la optimización consistiría en argumentar sobre la factibilidad o no de impedir o reducir el detrimento de los principios en cuanto razones restrictivas *prima facie*. Establecido así el sentido de la *optimización fáctica*, parecerían no tener cabida las interpretaciones que entienden la optimización alexyana como la *maximización de estados de cosas*, o como la *fusión de estados de cosas a maximizar*, lecturas originadas en la ya criticada equivocidad del término que nos ocupa. En efecto, el problema de la adecuación no implicaría en modo alguno la exigencia de diseñar y adoptar el medio que *maximice* la realización $P1^f$; dicho problema ni siquiera implicaría que la realización del fin esté ordenada, pues bien podría estar prohibida o, incluso, permitida (*vid.* ALEXY, 2002a: 23 y ss). Y, por lo que respecta a la pregunta de la necesidad, esta no exigiría adoptar el medio más benigno de todos los fácticamente posibles, más allá del contexto decisorio de referencia. A este respecto, sin embargo, cabe hacer una observación: el modelo de la necesidad sería ajeno a toda maximización de estados de cosas debido a que introduce dos acotaciones. Por un lado, no se trataría de elegir el medio más benigno para $P2^r$ independientemente del grado de realización que ese medio brinde a $P1^f$, sino que debe serlo —al menos— en el mismo grado que M1. Y por otro, el universo de medios a considerar estaría limitado a los pertenecientes al contexto decisorio del que se trate. Por ejemplo, los que aparezcan en el proceso judicial de inconstitucionalidad de una determinada ley; de manera que el juez constitucional estaría vedado de considerar todos los medios que el legislador hipotéticamente hubiese podido prever. Ciertamente, si no existiera este freno, el modelo de la necesidad tomaría una deriva abiertamente maximizadora o, más exactamente, minimizadora de los detrimentos de $P2^r$. Sin embargo, ALEXY no desarrolla los criterios para delimitar el conjunto de medidas aptas para ingresar en el escrutinio del decisor. Esta observación es importante porque solamente un desarrollo teórico en tal sentido disiparía del todo la idea de que la optimización fáctica tiene que ver con la maximización de estados de cosas.

En cualquier caso, como escribe ALEXY, la «optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en ahorrar costos que pueden ser evitados». Sin embargo, como él mismo agrega, «los costos devienen inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación entonces se hace necesaria» (ALEXY, 2011c: 15). Con lo cual pasamos al plano de la optimización jurídica.

6. LA OPTIMIZACIÓN JURÍDICA O PONDERATIVA

Ya se ha dicho que la optimización alexyana no se refiere únicamente a las posibilidades fácticas sino también a las posibilidades jurídicas. También hemos anticipado que estas últimas vienen dadas por los principios y reglas opuestas. Por tanto, la optimización jurídica de los principios (consistente —como ya se ha dicho— en la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto) estaría referida a la solución de dos tipos de antinomias: principios-reglas y principios-principios. Dentro del primer tipo, al decir de ALEXY, cabe distinguir dos casos. En el primero, la regla en colisión es inderrotable, por lo que las posibilidades jurídicas del principio opuesto son nulas, vale decir, su optimización es inviable. ALEXY observa, no obstante, que en los ordenamientos jurídicos modernos, más bien, ocurre el segundo caso: las reglas suelen ser derrotables,

por lo que el choque entre ellas y los principios se reconduciría a una colisión —puramente— de principios; entre, por un lado, el principio (o principios) opuestos a las reglas y, por otro, los principios formales y materiales que la respaldan (ALEXY, 2002b: 86, núm. 24). De ahí que —siempre según nuestro autor— «[l]a ponderación no [sea] más que la optimización relativa a principios contrapuestos» (ALEXY, 2005: 90) y, a la inversa, que «la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consist[a] en nada diferente a la ponderación» (ALEXY, 2002a: 32). Consiguientemente, los conceptos de *proporcionalidad en sentido estricto*, *optimización jurídica* y *ponderación* mantienen entre sí equivalencia lógica (*vid.* ALEXY, 2011c: 19).

Arribamos, entonces, a una conclusión importante: en lo que atañe a las posibilidades jurídicas, el que los principios sean «mandatos a optimizar» no significa sino que ellos son *mandatos a ponderar*. Mucho de esto es captado por la —antes explorada— interpretación de la «optimización» de los principios como la *maximización de la frecuencia de triunfos ponderativos*, o sea, de su *frecuencia de dominación* en cuanto razones para actuar. Sin embargo, es preciso tener bien presente que la optimización de los principios no adscribe a estos una frecuencia de dominación *estadística*, sino, más bien, una frecuencia de dominación *caso por caso*[8] (lo que, por cierto, GARCÍA FIGUEROA y LOPERA no perdían de vista). Esto significa que el número de ocasiones en que un cierto principio jurídico sea el dominante no depende de la elección de un agente obligado a maximizar esa frecuencia de dominación (como sucede, por ejemplo, con los deberes de beneficencia), sino que dicha frecuencia de dominación va a ser el resultado de ponderar correctamente un principio en cada caso que se presente. Aclarado esto, vemos que la noción de «frecuencia caso por caso» no es desatinada, pero no alcanza a explicar a fondo la optimización alexyana porque deja sin responder la pregunta de en qué sentido la ponderación de principios es una optimización que ocurre *al interior de cada caso.* Y, por ende, sin referencia al resultado agregativo (la *frecuencia* de dominación).

En adelante esbozaremos una reconstrucción de la optimización jurídica en cuanto modelo argumentativo complejo que, en palabras de ALEXY, «incluye[..] la ley de la colisión y la ley de la ponderación que ha encontrado su expresión en la fórmula del peso» (ALEXY, 2011b: 25).

6.1. La ley de la colisión

«La solución de la colisión [de principios] consiste», escribe ALEXY, «en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente» (ALEXY, 2002b, 92; las cursivas son del texto). De hecho, según dicho autor, la «muy difundida metáfora del peso» no significa sino que «[e]l principio *P1* tiene, en un determinado caso concreto, un peso mayor que el principio

[8] Sobre estas dos nociones de «frecuencia de dominación», predicables de las razones morales, *vid.* BAYON, 1991: 363 y ss.

opuesto *P2* cuando existen razones suficientes para que *P1* preceda a *P2*, bajo las condiciones *C* dadas en el caso concreto» (*ibid.,* 93).

ALEXY subraya, sin embargo, que «*C* es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma. [...] Así pues, de un enunciado de preferencia condicionada se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia» (*ibid.,* 94). Todo esto es sintetizado por ALEXY en una regla a la que denomina *ley de colisión*, y que formula así: «Si el principio *P1*, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P2*: (*P1* **P** *P2*) *C*, y si de *P1* bajo las circunstancias *C* resulta la consecuencia *R*, entonces vale la regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$». Y una «formulación algo menos técnica», según nuestro autor, rezaría: «las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente» (*ibid.*). La ley de colisión, por consiguiente, bien podríamos formalizarla así:

(1) $(P1 \text{ P } P2)\ C$
(2) $(P1 \rightarrow R)\ C$
(3) $C \rightarrow R$ (*vid. ibid.,* 158)

Podríamos saturar este esquema inferencial explicitando su punto de partida: la colisión misma. De manera que, retocando la ley de colisión de ALEXY, llegaríamos a esta reformulación: *O bien, bajo las circunstancias C, el principio P1 precede a P2, y entonces vale la regla* $C \rightarrow R$*, o bien, bajo las circunstancias C, el principio P2 precede a P1, y entonces vale la regla* $C \rightarrow \neg R$*; bajo las circunstancias C, el principio P1 precede a P2; por tanto, vale la regla* $C \rightarrow R$. Esto nos conduciría a una formalización completa de la ley de colisión, así:

(1') $((P1 \text{ P } P2)\ C \rightarrow (C \rightarrow R)) \veebar ((P2 \text{ P } P1)\ C \rightarrow (C \rightarrow \neg R))$
(2') $(P1 \text{ P } P2)\ C$
(3') $C \rightarrow R$[9]

[9] Un esbozo preliminar de este esquema formal elaboré en LOZADA, 2012, y es semejante al esquema formal que ATIENZA, diseña para dar cuenta de la ponderación, a saber (ATIENZA, 2006: 171):

— En la situación concreta S, el principio *P1* y el principio *P2* —que tienen condiciones de aplicación abiertas— establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido *q* y prohibido *q*).

— En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, *P1* sobre *P2*).

— Por tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido *q)* ( ).

Esquema que, al decir de su autor, sería susceptible de ser expresado mediante la formalización lógica siguiente:

$(\ ) \rightarrow Pq$ [*P1*]
$(\ ) \rightarrow Phq$ [*P2*]
$S/Pq \wedge Phq$
$S, C/P2 > P1$
$S, C/J\ (p \rightarrow Phq)$

[...] La situación S se refiere a una situación concreta definida por todas las circunstancias del caso de que se trate; p representa, abreviadamente, un conjunto de propiedades seleccionadas por el juez para confeccionar el caso abstracto (o supuesto de hecho) de la norma que se pretende crear; y C son las circunstancias que sirven de justificación para configurar una tal norma.

Como puede apreciarse, la conclusión (3) sería idéntica a la (3'), la premisa (1) lo sería a la (2'); y la premisa (2) devendría un fragmento de la (2'). Esta formalización completa de la ley de colisión ofrece la ventaja de clarificar el modelo complejo al que ella da lugar, el que llamaremos *modelo de la optimización jurídica o de la ponderación en sentido amplio*. Dentro de este, las dos premisas de la ley de la colisión y su correspondiente conclusión conforman un *razonamiento deductivo* dirigido a responder al que podría denominarse *problema de la ponderación en sentido amplio*, mediante la afirmación de la validez o la invalidez de una regla, C → R1. No obstante, más allá de ese razonamiento deductivo (que vendría a ser la justificación interna de la ponderación *en sentido amplio*), salta a la vista que las premisas (1') y (2') requieren sendas fundamentaciones (constitutivas de la justificación externa de las premisas que componen la ponderación en sentido amplio) que van a dar lugar, respectivamente, a los siguientes modelos argumentativos simples: el *modelo de la colisión* y el *modelo de la ponderación en sentido estricto* o *del balanceo* (a este último me referiré en adelante simplemente como «modelo de la ponderación»)

La premisa (1') expresa con mayor precisión lo que es una colisión de principios: esta se da cuando, por un lado, existen dos principios —o conjuntos de principios— tales que, en un determinado caso, cada uno proyecta sendas plasmaciones normativas con forma de reglas; y por otro lado, cuando estas son lógicamente incompatibles entre sí. Esta premisa, por consiguiente, explicita —como ya se dijo— la colisión de principios en cuanto presupuesto de la ponderación, pero además aclara y precisa aquello en lo que esto último consiste: en un *impasse deliberativo de estructura binaria.* El que se caracteriza por la concurrencia de dos elementos, a saber: i) la inminencia de tomar una *decisión normativa binaria* entre reglas mutuamente excluyentes: $(C \rightarrow R) \veebar (C \rightarrow \neg R)$. Y ii) la necesidad de resolver, previamente, una *tensión valorativa binaria* entre principios que respaldan tales reglas, tensión que subyace a, y es el origen de, la decisión normativa binaria: $(P1 \text{ P } P2) \veebar (P2 \text{ P } P1)$. Nótese que esta estructura binaria parece descartar la plausibilidad de interpretar la optimización jurídica de los principios como la *fusión de estados de cosas a maximizar* (y, por cierto, como *maximización de estados de cosas*): si *P1* y *P2* colisionan, o prevalece el uno o prevalece el otro, no tendría sentido tratar de combinarlos. Pero la estructura binaria del impasse deliberativo que venimos analizando muestra algo más. La conexión entre la tensión normativa binaria y la tensión valorativa binaria viene dada por la relación cruzada entre cada una de las reglas mutuamente incompatibles y el principio opuesto: $(C \rightarrow R)$ y *P2*, por

---

Se puede apreciar que esta esquematización formal es básicamente equivalente a la de ALEXY, salvo en dos aspectos que pueden ser relevantes en ciertos contextos de análisis: En primer lugar, en que la primera premisa del esquema alexyano (antes de la reformulación que proponemos) se correspondería con tres de las premisas que componen la propuesta de ATIENZA. Las dos primeras premisas expresan respectivamente la presencia de los principios *P1* y *P2* y el carácter abierto de sus condiciones de aplicación, representadas con «( )»; y la tercera premisa explicita la colisión de los principios, es decir, justamente lo que echamos en falta en la construcción de ALEXY: $S/Pq \wedge Phq$. Y, en segundo lugar, en que el esquema formal de ATIENZA es más fino a la hora de reconstruir el proceso de configuración del supuesto de hecho de la regla resultante de la ponderación, pues distingue y articula la situación concreta del caso, –S–, las condiciones normativamente relevantes para la configuración de la norma, –C–, y el supuesto de hecho de esta –p–, mientras que en ALEXY esos tres términos están englobados, indiferenciadamente, en C; lo que hace que aquella formalización sea de mayor utilidad que esta cuando se trate de problematizar el tramo argumentativo que va desde la totalidad de circunstancias que el caso concreto presenta hasta la configuración del supuesto de hecho de la norma.

un lado, y ($C \rightarrow \neg R$) y *P1*, por otro. Esta es una relación de *detrimento,* ya que cada una de las reglas socava el principio opuesto. Esta relación cruzada, que será aclarada enseguida, constituye el nervio mismo de la colisión de principios.

De lo anterior se sigue que, el modelo de la colisión, atinente a la premisa (1') de la ponderación en sentido amplio, presupone el que podemos denominar *problema de los detrimentos alternativos,* que puede formularse así: ¿por qué la afirmación de la validez de $C \rightarrow R$ implica el menoscabo de *P2*, y la de $C \rightarrow \neg R$, el de *P1*? Si retomamos en este punto la nomenclatura usada en el examen de la optimización fáctica, y reparamos en que la regla $C \rightarrow R$ equivale a la medida M1 y que la regla $C \rightarrow \neg R$ equivale a la medida ¬M1, podemos analizar este problema dividiéndolo en dos. Por un lado, el *subproblema del detrimento de la restricción:* ¿por qué M1 socava$P2^r$?; y, por otro, el *subproblema del detrimento del fin:* ¿por qué ¬M1 socava $P1^f$? Recordando lo expuesto hace varios párrafos, podemos constatar que la respuesta afirmativa al subproblema del detrimento de la restricción era el presupuesto tanto del problema de la adecuación como del problema de la necesidad; esto revela que este subproblema tiene prioridad lógica respecto del resto de problemas argumentativos, es el eje que vertebra la optimización fáctica con la jurídica.

Esto permite precisar que, en el modelo de la colisión, los principios operan como razones para juicios sobre *detrimentos valorativos* (es el caso tanto de $P1^f$ como de $P2^r$ respecto de ¬M y M, respectivamente). Sin embargo, es obvio que tales juicios están vinculados a juicios cuyas razones son principios que operan como *fines* (es el caso de $P1^f$ respecto de M) o que operan como *restricciones* (es el caso de $P2^r$ respecto de ¬M). En torno a estos dos tipos de rol operativo de los principios como *fines* y como *restricciones*, cabe hacer dos observaciones. Por un lado (el de $P2^r$), ALEXY no clarifica cuál es la índole de la relación que hay entre ¬M1 y $P2^r$, o sea, entre la no adopción del medio adecuado (o bien, de la regla equivalente) para la realización del fin y la restricción de este. ¿Se trata de una relación conceptual?, ¿causal?, ¿teleológica? Por otro lado (el de $P1^f$), si bien nos queda claro que la relación entre M1 y $P1^f$ es de carácter teleológico, surge aquí un interrogante: ¿el grado de realización de $P1^f$ producido por M1 (es decir, por $C \rightarrow R$) es idéntico al grado de detrimento de $P1^f$ originado por ¬M1? ALEXY parece dar por hecho que no lo son: en la *Teoría de los derechos fundamentales,* al tratar sobre los derechos de protección advirtió que la peculiaridad de estos «resulta de dos cosas. Por una parte, los medios de protección no pueden ser clasificados sin más en dos clases, eficaces y no eficaces. Existen medios de protección más o menos eficaces. Por otra, los deberes de protección tienen el carácter de principios, es decir, exigen una protección lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que significa que pueden entrar en colisión con otros principios» (ALEXY, 2002b: 448). Es decir, ALEXY parece distinguir en ciertos principios (como los relativos a derechos de protección) la dimensión de la eficacia y la dimensión de su optimización. Esta distinción parece reflejarse en *Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección* (*Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*), un trabajo de 2007, donde ALEXY diferencia entre dos variables, el «grado de protección» proveniente de las medidas realizadoras de un derecho de protección, y la «intensidad de la afectación» provocada a un derecho de protección por un principio opuesto (ALEXY, 2011c: 128 y ss.). Nuestro autor no muestra de manera cabal el porqué de esa distinción ni, en todo caso, cuáles serían las relaciones justificativas entre ambas variables. Este par de obser-

vaciones muestran que el modelo de la colisión no ha recibido por parte de ALEXY un desarrollo completo.

6.2. La ley de la ponderación

Ahora bien, por lo que respecta al modelo de la ponderación, concerniente a la premisa (2') de la ponderación *en sentido amplio,* este plantea el *problema de la precedencia condicionada*, que puede formularse así, ¿cuál de los principios en colisión es el dominante en el caso concreto de que se trata? La argumentación llamada a responder esta pregunta, según ALEXY, debe seguir una *regla* a la que él denomina «ley de la ponderación», y que reza: «[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (ALEXY, 2002b: 161). Si, como antes se dijo, la ponderación consiste en la optimización de los principios en relación con las posibilidades jurídicas, «[l]a ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación»: «La medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro» (*ibid.*); lo que hace —siempre según ALEXY— que «la ponderación no [sea] un procedimiento en el cual un bien es obtenido con "excesivo apresuramiento" a costa de otro» y que «respond[a] al llamado principio de la concordancia práctica» (ALEXY, 2002b: 166 y ss.). En suma, y como se anticipó, «la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la ponderación» (ALEXY, 2002a: 32).

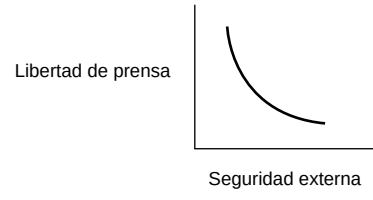
Pues bien, «saber qué es la ponderación presupone», escribe ALEXY, «conocer su estructura. La ley de la ponderación indica que la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio» (ALEXY, 2005: 92 y ss.). ALEXY ha tratado de ilustrar esta «estructura de la ponderación»[10] de dos maneras: la primera, la menos famosa, llevada a cabo en la *Teoría de los derechos fundamentales*, empleaba la *metáfora microeconómica* de la *curva de indiferencia*[11], aunque el autor se encargó de advertir que si bien «[l]as curvas de indiferencia aclaran las ideas que se encuentran detrás de la

[10] Como se sabe, en la literatura sobre la materia, se ha difundido la también denominada «estructura de la ponderación» integrada por la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las reglas sobre la carga de la argumentación. Conviene recordar, sin embargo, que esta presentación no fue diseñada, tal cual, por ALEXY, sino por C. BERNAL en su conocido artículo *Estructura y límites de la ponderación,* de 2003. En mi opinión, esa reconstrucción de BERNAL, por un lado, completa el esquema alexyano, por cuanto explicita la presencia necesaria de cargas argumentativas en la ponderación; sin embargo, por otro lado, torna redundante el esquema alexyano al introducir en él la representación metafórica de la fórmula del peso, conjuntando en la estructura de la ponderación lo que esta es y la ilustración de lo que ella es.

[11] ALEXY empieza por recordar que «[u]na curva de indiferencia es un medio para la representación de las relaciones de sustitución de bienes. Supongamos que *a* está tanto a favor de la libertad de prensa como de la seguridad externa y que está dispuesto a aceptar, en aras de un cierto aumento de la libertad de prensa, una cierta reducción de la seguridad externa y, por un cierto aumento de la seguridad externa, una cierta reducción de la libertad de prensa. Las situaciones que *a* juzga como igualmente buenas o indiferentes pueden ser anotadas como puntos en una curva:

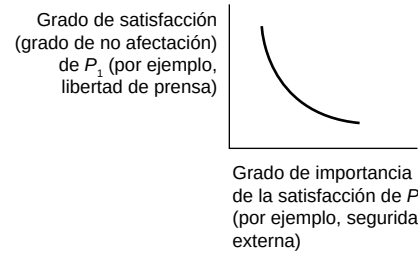
ponderación [..., estas] no ofrecen un procedimiento definitivo de decisión» (ALEXY, 2002b: 163 y ss.). ALEXY pensaba que esta forma «indiferencialista» de representar la ponderación también es útil para representar la estructura del examen de necesidad con ayuda del criterio del óptimo de Pareto, por lo que la imagen de las curvas de indiferencia parecen haber estado en el origen de la tesis de los principios como mandatos de optimización (ALEXY, 2002b: 164, nota 222). Sin embargo, la segunda forma de ilustrar la ponderación, la más famosa hoy en día, es la *metáfora matemática* de la *fórmula del peso*, expuesta en el *Epílogo*. No entraré, aquí, en la exposición de esta bien conocida fórmula. Basta, para nuestros fines, con anotar que con ella ALEXY busca mostrar que así como «la subsunción es una regla que puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado «justificación interna»; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica», la fórmula del peso viene a ser la «contraparte de este sistema deductivo» (ALEXY, 2005: 94): «Un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética» (ALEXY, 2003c: 448). Si bien ALEXY advierte que «[l]as premisas reales de la fórmula del peso no son números sino juicios acerca de los grados de interferencia, la importancia de los pesos abstractos y los grados de seguridad [relativos a los principios en juego]» (*ibid.,* 448), no deja de tener razón ATIENZA cuando considera que el excesivo refinamiento de la fórmula constituye un error retórico, pues ha llevado a pensar a muchos que la clave de la argumentación está en la fórmula en sí, incurriendo así en lo que VAZ FERREIRA identificaba como falacia de falsa imprecisión (*vid.* ATIENZA, 2010: 50; *ibid.,* 2014b: § 2). No obstante, puesto que toda disciplina matemática es una teoría deductiva (TARSKI, 1977: 152), el uso metafórico de la *fórmula* del peso resalta que la ponderación, al igual que la sub-

---



Este tipo de curvas de indiferencia responden a la ley de la decreciente tasa marginal de la sustitución. Si disminuye la libertad de prensa, se requieren aumentos cada vez mayores de la seguridad externa, a fin de compensar una disminución aún mayor de la libertad de prensa, y viceversa» (ALEXY, 2002b: 161 y ss.).

ALEXY aclara, sin embargo, que la curva describe el comportamiento de preferencias subjetivas de un cierto agente, mientras que para representar cómo opera la ley de la ponderación es preciso asumir a esta como «una regla que prescribe el establecimiento de curvas de indiferencias correctas (importancias relativas correctas). [...Así]:



» (*ibid.,* 163).

sunción, tiene un andamiaje deductivo que deviene la justificación interna de la que antes hemos identificado como premisa (2'), es decir, del *modelo de la ponderación*[12].

La presentación de la fórmula del peso, adicionalmente, ha sido la ocasión para que ALEXY dejara en claro que si bien la ley de la colisión conduce a hablar, por un lado, de la intensidad de la «intervención» en un primer principio (*P1*), y por otro, del grado de «importancia» de la satisfacción de un segundo principio (*P2*), este grado de «importancia» equivale conceptualmente a la «intensidad de la intervención que origina la no intervención» en el primer principio (ALEXY, 2002a: 39)[13]. Esto quiere decir que, en el marco del modelo de la ponderación, la operatividad de los principios no dice relación alguna con si ellos cumplen el papel de *fines* o de *restricciones*; de hecho, cuando ellos son balanceados entre sí, no operan ni como lo uno ni como lo otro. ¿En qué radica, entonces, la operatividad de los principios en el contexto de la ponderación?

Como se anticipó en *supra* § 1, la idea de mandatos de optimización consiste, según ALEXY, en que estos «pueden ser denominados como un "deber ser ideal" o simplemente pueden entenderse como "ideales"», es decir, «todavía no contienen un deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas» (ALEXY, 2003d: 108 y ss.). En un trabajo de 2009, *Deber ideal* (*Ideales Sollen*), ALEXY introdujo el «operador de mandato indexado» «Oi» para expresar que la «vinculación necesaria entre el deber ideal y la optimización [...] se pone de manifiesto a través de la equivalencia [...]

---

[12] La teoría de la argumentación jurídica de ATIENZA —uno de cuyos antecedentes fuera *Las piezas del derecho* —escrita conjuntamente por ATIENZA y RUIZ MANERO en 1991— ha contribuido en mucho a mejorar el entendimiento de la ponderación, la propia del modelo alexyano y en general. Sobre tales contribuciones, véanse ATIENZA, 2006; 2010; 2013 y 2014b. En varios aspectos (que serían muy difíciles de inventariar) las ideas que presento aquí son tributarias de las de ATIENZA; particularmente, las de un trabajo suyo de hace un par de años, *Ponderación y sentido común jurídico,* donde sintéticamente reconstruye la ponderación en estos términos: «La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la "justificación interna" de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad, a considerarla prohibida. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida. Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde se sitúa la famosa «fórmula del peso» ideada por R. ALEXY que vendría a ser, por tanto, la "justificación externa" de esa segunda premisa. Como todo el mundo sabe a estas alturas, lo que viene a decir ALEXY es que, cuando se producen choques entre principios (lo que para él equivale a decir, entre derechos) esos conflictos deben resolverse aplicando el principio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto; este último, a su vez, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la formula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se concreta, a través de tres variables, en la fórmula del peso, siendo esas variables el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si existe un empate (el peso de los principios es idéntico), entonces es cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor del criterio del legislador (la deferencia al legislador)» (ATIENZA, 2014b: § 2).

[13] Sobre cómo esto ha repercutido en la notación usada en la fórmula del peso, *vid.* ALEXY, 2007.

O*Opt*O*p* ↔ O*ip*» (ALEXY, 2011b: 25). Esto quiere decir que la proposición «es obligatorio optimizar que es obligatorio que p» (principio como mandato a optimizar) *equivale a* la proposición «es obligatorio *idealmente* que *p*» (principio como mandato ideal). De aquí se sigue, en palabras de ALEXY, que «[e]l deber ideal, expresado a través del operador de mandato indexado, es un deber genuino que en caso de conflicto implica un deber concreto, el cual se debe medir todavía de acuerdo con las posibilidades de este mundo, tal como este es. El deber ideal abstracto es una razón para este deber concreto» (*ibid.,* 22). Es por ello que si, como resultado del balanceo, el deber ideal no puede tornarse concreto, eso supone un detrimento del ideal en cuestión. En tal virtud, como lo indica la ley de ponderación (e ilustra la fórmula del peso), los principios operan como *razones* para establecer *juicios comparativos sobre la intensidad* de los detrimentos. Operan, entonces, como *bienes* o *valores morales*, o sea, como criterios para la formulación de los *juicios evaluativos* suficientes y necesarios para responder correctamente al problema de la precedencia condicionada. Así es posible comprender de mejor manera por qué el concepto de principio de ALEXY es, en realidad, un concepto de *principio válido* (ALEXY, 2002c: 105): la noción de principio se identifica con la de valor[14], de manera que así como no cabe hablar de razones operativas para la acción consistentes en valores inválidos, tampoco cabría hablar de razones operativas para la acción que consistan en principios inválidos.

Esta comprensión alexyana de la ponderación, como se sabe, ha sido criticada por HABERMAS porque —en opinión de este— «los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según se los entienda en el sentido de DWORKIN como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de ALEXY como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular [...]. La transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales», prosigue HABERMAS, «significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a la *lógica de la argumentación*»; con lo cual «desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico» (HABERMAS, 2005: 329 y ss., y 332). No voy a entrar aquí, desde luego, en el examen de esta polémica entre HABERMAS y ALEXY. Únicamente me interesa sostener que este último tiene razón cuando, en contestación a la reseñada crítica, sostiene que esta presupone un «concepto fuerte [del carácter deontológico de los derechos] según el cual lo debido es absoluto y universal de tal modo que pretende ser bueno para todos de igual medida [...; concepto que] presenta problemas cuando se trata de normas jurídicas» (ALEXY, 2003d: 125), pues algunas de ellas —como se sabe— son apenas *prima facie*. Y también tiene razón cuando agrega que «la ponderación y la optimización ligada a ella no son incompatibles con la idea de corrección, sino que incluso esta idea las exige» (*ibid.,* 127): en la ponderación

[14] Este es el sustrato de algo que ALEXY ha repetido con insistencia, y ha bautizado como «integridad del principio en retroceso»: «Si el principio es derrotado en la ponderación, no puede justificar un deber definitivo. Sin embargo, el principio continúa implicando el deber ideal a pesar de la derrota» (ALEXY, 2011b: 27).

se trata de fundamentar, escribe ALEXY, «juicios de proporcionalidad», los que «como todos, enarbolan una pretensión de corrección y esta tiene como razones los juicios de grados de intensidad sobre los que se apoya», esto «se corrobora si no solo se mira la relación entre los juicios sobre grados de intensidad y el juicio de proporcionalidad, sino por otra parte también la que hay entre cada uno de los primeros y las razones que se enuncian —igualmente en un próximo nivel— para justificarlos» (ALEXY, 2009: 12). De manera que el modelo de la ponderación tiene a los principios operando como *bienes* o *valores*, o sea, como razones para evaluar los grados de intensidad de los detrimentos; pero estos constituyen, a su vez, razones para la *corrección*, es decir, para la *no desproporción* del juicio de precedencia condicionado y, en últimas, de la regla que culmina el procedimiento de ponderación *en sentido amplio* (y que es la razón operativa inmediata para la decisión del caso).

Si dejáramos de lado la terminología de ALEXY (innecesariamente alambicada, pero en la que hemos debido entrar para satisfacer nuestros fines reconstructivos), veríamos que la noción de ponderación simplemente representa el nivel más básico de la racionalidad práctica; pues se corresponde con el contenido del principio práctico *P1* formulado por RAZ: «Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, hacer lo que se debe hacer sobre la base del balance de razones» (RAZ, 1991: 41). De ahí que, según ha mostrado ATIENZA, los distintos elementos del modelo de la ponderación no consistirían en otra cosa que en «tópicos, puntos de partida, comúnmente aceptados» pertenecientes a un «sentido común jurídico» (ATIENZA, 2014: § 3). Si la abordamos de manera gruesa, la ponderación parece tener, inclusive, la fisonomía simple de la máxima del *mal menor*[15], cuya estela histórica, como se sabe, es muy extensa: PLATÓN, en el *Protágoras*, la exponía así: «cuando uno se vea obligado a escoger entre dos males, nadie elegirá el mayor, si le es posible elegir el menor» (PLATÓN, 1981, § 358d). ARISTÓTELES afirmaba que «el mal menor es también, en cierto modo, un bien» (ARISTÓTELES, 1993: § 1129b, 5), y que «el mal menor, comparado con el mayor, se considera un bien, ya que el mal menor se prefiere al mayor, y lo preferible es un bien, y cuanto más preferible, mayor» (*ibid.,* 1131b, 30). CICERÓN escribía que «de los males el menor debe ser» (CICERÓN, 1877, III: 1.9 y 28.6). Y TOMÁS DE AQUINO ofrecía esta formulación general: «Cuando es forzoso escoger entre dos cosas, en cada una de las cuales hay peligro, debe elegirse aquella de la que menos mal se sigue» (AQUINO, 1998: l. 1, c. 6); y en línea con los escritos aristotélicos, señalaba: «el mal menor constituye un bien en comparación con el mal mayor porque el mal menor es más elegible que el mal mayor. Cada uno elige basado en el bien. Y por eso lo más elegible constituye un bien mayor» [AQUINO, 1997 (5), l. 5, n. 9]. Finalmente, MAQUIAVELO aconsejaba: «Nunca crea un Estado tomar decisiones con total seguridad; piense más bien que siempre se hallará en terrenos movedizos, pues forma parte del orden de las cosas que siempre que se busque evitar un inconveniente acabe cayéndose en otro; mas la prudencia consiste en saber reconocer la índole de los inconvenientes, y adoptar el menos malo como bueno» (MAQUIAVELO, 2011: 75).

Ahora bien, sobre la relación entre principios y valores, puesta sobre la mesa por todo lo que se ha expuesto, ALEXY manifiesta que la diferencia entre ambos conceptos

[15] Un apunte en este sentido, *vid.* en AGUILÓ, 2015: 125.

«se reduce [...] a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido». Así pues, concluye, «los principios y los valores se diferencian solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente» (ALEXY, 2002b: 147). «Esto muestra con claridad», en opinión de nuestro autor, «que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores» (ALEXY, 1988: 145). ALEXY elige usar el modelo de los principios dando, para ello, tres razones. En primer lugar, porque «[e]n el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido» y en el modelo de los principios «se expresa claramente el carácter de deber ser» (ALEXY, 2002b: 147). En segundo lugar, porque «no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusfundamentalmente (*ibid.*). Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios». Y, en tercer lugar, porque «el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones» (*ibid.*). A estas alturas de nuestro análisis, esta última ventaja resulta por lo menos dudosa, si se consideran los efectos que ha tenido la equivocidad del término «mandatos de optimización». Pero, ¿qué se puede decir en torno a las otras dos razones?

Por lo que respecta a la primera, la afirmación de que en la práctica jurídica de lo que se trata es de qué es «lo debido», debemos advertir que esto último puede entenderse en dos sentidos: como *lo que debe ser o debe hacerse* (*ought to*; *sollen*), o como lo consistente, de manera estricta, en *deberes u obligaciones* (*duty*; *Pflicht*), para emplear una potente distinción planteada por NINO (NINO, 2005: 37 y ss.). Si entendemos «lo debido» (en sentido denso) como lo consistente en deberes u obligaciones, habría que decir que en la práctica jurídica no se trata *solamente* de qué es «lo debido», por cuanto, como vimos hace poco, la corrección o proporcionalidad del juicio de precedencia condicionada y de la regla consiguiente (o sea, «lo debido») tiene como insumos justificativos *valoraciones* acerca del grado de intensidad de la intervención en los principios en colisión. Sin embargo, esta objeción podría ser esquivada si se asume «lo debido» (en sentido tenue) como *lo que debe ser o debe hacerse*. Esto, además, confirmaría la segunda ventaja señalada por ALEXY, la de la convertibilidad mutua entre principios y valores, de manera tal que un valor no sería sino el correlato necesario de un principio y viceversa (en el mismo sentido, *vid.* PECZENIK, cit.: 12).

Sin embargo, esto trae consigo una consecuencia importante para nuestra reconstrucción: la continuidad así trazada entre el plano axiológico y el deontológico hace que, en el modelo de la ponderación, los principios jurídicos no operen como enunciados estrictamente deónticos (deberes, prohibiciones, permisiones) pues, como se ha visto, su operatividad alude exclusivamente a su carácter de correlatos de valores. Antes mostramos, no obstante, que en los modelos de la adecuación, de la necesidad y de la colisión, los principios también operan como enunciados deónticos estrictos, además de como correlatos de valores: pueden operar como *fines* y como *restricciones*. Lo que revela que, en la teoría de los principios como mandatos de optimización, la operatividad de estos atañe tanto a «lo debido» como *lo que debe ser o debe hacerse*, cuanto a «lo debido» como lo consistente en *deberes u obligaciones*. En la faz deonto-

lógica de los principios, entonces, habría dos niveles: un nivel deontológico tenue, en el que principios y valores son —por decir así— las dos caras de una misma moneda; y un nivel deontológico denso, en el que los principios adquieren la forma de estructuras deónticas *prima facie* que, si bien se fundamentan en valores, no son el mero correlato de estos. El postpositivismo de ALEXY, no obstante, no desarrolla su teorización en torno a esta escisión de niveles: ¿De qué naturaleza es la relación entre un nivel y otro? Metodológicamente, ¿cómo se transita de uno a otro? Según las particularidades del nivel deontológico denso, ¿qué clasificación de los principios cabría formular? [16]. Esta viene a ser nuestra observación final.

7. CONCLUSIONES

El postpositivismo de ALEXY tiene su núcleo en la tesis de que los principios son mandatos de optimización. La que los define según el rol operativo que, como razones para la acción, ellos cumplen según dos modelos argumentativos específicos: el modelo de la optimización fáctica y el modelo de la optimización jurídica o de la ponderación en sentido amplio. El primero comprende, a su vez, el modelo de la adecuación y el de la necesidad; y el segundo, el de la colisión y el de la ponderación en sentido estricto o balanceo. Los principios presentan dos tipos de operatividad, o como bienes o valores (en correspondencia con su nivel deontológico tenue), o como estructuras deónticas estrictas (en correspondencia con su nivel deontológico denso). En todos los modelos mencionados, la optimización exige (focalmente) que los principios operen como bienes o valores en cuya virtud se fundamentan juicios acerca del detrimento de los principios. En el caso de la optimización fáctica, los principios operan, además, como estructuras deónticas estrictas que consisten, ya en fines, ya en restricciones. Los indicados juicios acerca del detrimento de los principios permiten justificar: i) en la optimización fáctica, la corrección o proporcionalidad de excluir o no la norma o medida bajo examen por ser inadecuada o innecesaria para la realización de un determinado principio que opera como fin, dado que tal norma o medida socavaría otro principio que opera como restricción *prima facie* del anterior —modelos de la adecuación y de la necesidad—; ii) y en la optimización jurídica, ii.*a)* la afirmación de que la exclusión o no de esas normas o medidas, respectivamente, causarían detrimento, o bien, al principio que opera como fin, o bien, al que opera como restricción *prima facie* del primero —modelo de la colisión—, ii.*b)* la afirmación de que es correcto o proporcionado conceder, en el caso concreto, precedencia al primer principio respecto del segundo, o viceversa —modelo de la ponderación—, y ii.*c)* la afirmación de que es correcto, como producto deductivo de ii.*a)* y ii.*b)*, excluir definitivamente o no la norma o medida bajo examen.

Sobre la teoría de los principios de ALEXY cabe hacer algunas observaciones críticas: ha usado el término «optimización» de manera equívoca, lo que ha oscurecido el concepto que dicho autor ha querido atribuirle. Esto ha llevado a entender la optimi-

[16] Nótese que las clases de principios identificadas por ALEXY (formales, sustantivos, derechos individuales, bienes colectivos, etc.) aluden estrictamente al nivel deontológico tenue; ellas son, en el fondo, clases de bienes o valores.

zación como maximización de un estado de cosas y, derivadamente, como fusión de estados de cosas a maximizar. Aunque nuestra reconstrucción indica que estas interpretaciones no serían acertadas, el modelo alexyano de la necesidad deja algún resquicio para pensar que su seguimiento puede conducir a una deriva maximizadora: la difuminación de los límites del conjunto de normas o medidas —por ejemplo— legislativas que el juez constitucional está autorizado a tener en cuenta al elaborar su juicio de necesidad. En cuanto al modelo de la colisión, ALEXY deja sin aclarar cuál es la índole de la relación entre la exclusión de la norma o medida bajo examen y el principio que opera como restricción *prima facie*; y, aunque es obvio que, por otro lado, la relación entre la norma o medida bajo examen y el principio que opera como fin es de carácter teleológico (medio-fin), ALEXY no aclara por qué, en su opinión, no es lo mismo el grado de *realización* de un principio que opera como fin y el grado de *intervención* en él provocado por otro que opera como su restricción *prima facie*; y tampoco explica cuáles serían las relaciones entre esos dos aspectos. Finalmente, ALEXY no teoriza suficientemente en torno a la separación entre los dos niveles deontológicos de los principios, el tenue y el denso; dejando sin desarrollar, por ejemplo, qué tipo de relación hay entre ellos, cuáles son los pormenores del flujo argumentativo que va del uno al otro, cómo se clasificarían los principios jurídicos a la luz de lo anterior, etcétera.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILÓ, J., 2015: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, Madrid: Trotta.

ALEXY, R., 1988: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, 5, 139-151.

— 1993: «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional», en *Derecho y razón práctica,* México: Fontamara, 25-42.

— 2002a: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(1), 13-64.

— 2002b: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2003a: «Cinco preguntas a Robert Alexy (entrevista por Diana Quintero)», en *Precedente - Anuario Jurídico*, 89-93.

— 2003b: «Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 41-92.

— 2003c: «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», en *Ratio Juris*, 16(4), 433-449.

— 2003d: «Sobre la estructura de los principios jurídicos», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 93-139.

— 2005: «Ponderación, control de constitucionalidad y representación», en FONTAMARA (ed.), *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 89-103.

— 2007: «La fórmula del peso», en *Teoría de la argumentación jurídica,* 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 349-374.

— 2009: «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11 (enero-junio), 3-14.

— 2011a: «Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años», en C. BERNAL (ed.), *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy,* Lima: Palestra, 50-88.

— 2011b: «Deber ideal», en L. CLÉRICO, J.-R. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación jurídica. Ensayos sobre la teoría jurídica de Robert Alexy,* Granada: Comares, 15-35.

— 2011c: «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (enero-abril), 11-29.

— 2011d: «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», en J.-R. SIECKMANN (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 119-136.

— 2014: «Sobre o conceito de principio jurídico», en A. TRAVESSONI y G. TRIVISONNO (eds.), *Teoria Discursiva do Direito*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 203-242.

AQUINO, T. DE, 1997: «In V Ethicorum (Sententia Libri Ethicorum)». Recuperado febrero 1, 2016, de *http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Aristotelis_Libri._Sententia_Libri_Ethicorum,_LT.pdf*.

— 1998: «De Regimine Principum Ad Regem Cypri». Recuperado febrero 1, 2016, de *http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_De_Regimine_Principum._ad_Regem_Cypri,_LT.pdf*.

ARISTÓTELES, 1993: *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos.

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

— 2007: «Argumentación y constitución», en *Fragmentos para una teoría de la constitución,* Madrid: Iustel, 113-181.

— 2010: «A vueltas con la ponderación», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.

— 2013: *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta.

— 2014a: «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», en *Observatório Da Jurisdição Constitucional*, 7(2), 1-24.

— 2014b: «Ponderación y sentido común jurídico». Recuperado febrero 1, 2016, de *http://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659*.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2004: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* 2.ª ed., Barcelona: Ariel.

— 2009: «A modo de epílogo. Una conversación sobre el Derecho y otras varias cosas», en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (eds.), *Para una teoría postpositivista del Derecho,* Lima: Palestra-Temis, 259-302.

BAYÓN, J. C., 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BERNAL, C., 2007: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* 3.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CICERÓN., 1877: *De officiis*, New York: D. Appleton and Company.

DWORKIN, R., 1967: «The Model of Rules», en *University of Chicago Law Review*, 35(1), 14-46.

FERRAJOLI, L., 2011: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en *Doxa*, 34, 15-53.

GARCÍA FIGUEROA, A., 1998: *Principios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

HABERMAS, J., 2005: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.

LOPERA, G., 2004: «Los derechos fundamentales como mandatos de optimización», en *Doxa*, 27, 211-243.

LOZADA, A., 2012: «Sobre la dimensión argumentativa del Derecho», en J. MONTAÑA (ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional,* t. I, Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

— 2016: *Derechos y constitucionalismo discursivo*, Universidad de Alicante. Recuperado de *https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54935/1/tesis_lozada_prado.pdf*.

MAQUIAVELO, N., 2011: «El príncipe», en *Maquiavelo*, Madrid: Gredos.

NINO, C. S., 2005: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea.

NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell.

PECZENIK, A., 1992: «Los principios según Atienza y Ruiz Manero», en *Doxa*, 12, 327-331.

PLATÓN, 1981: «Protágoras», en *Diálogos I*, Madrid: Gredos.

POSCHER, R., 2011: «Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios», en J.-R. SIECKMANN (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales,* Madrid: Marcial Pons, 71-92.

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

RAZ, J., 1991: *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SIECKMANN, J.-R., 2006: «Sobre la fundamentación de los juicios ponderativos», en C. CALDERÓN (ed.), *El modelo de los principios,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 159-204.

TARSKI, A., 1977: *Introducción a la Lógica*, Madrid: Espasa-Calpe.

EL FUTURO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma III

RESUMEN. Esta es la conferencia pronunciada por Luigi FERRAJOLI en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (i-Latina). En ella, el autor identifica las dos afinidades que, en su opinión, justifican hablar de una iusfilosofía jurídica del Mundo Latino: por un lado, la confianza en la razón como factor de civilización del derecho y de limitación de la arbitrariedad, así como el vinculo estrecho entre reflexión iusfilosófica y práctica jurídica; y, por otro, el que las elaboraciones teóricas de la Región reflejan características estructurales presentes en sus democracias constitucionales que no aparecen con igual rotundidad en los sistemas del *common law.* A partir de ahí, FERRAJOLI caracteriza, en clave positivista y antirealista, las que deberían ser las principales tareas de la filosofía del derecho del futuro.

Palabras clave: Anomia, derechos sociales, FERRAJOLI, globalización, i-Latina, Mundo Latino, poderes salvajes, positivismo, realismo.

The future of Philosophy of Law

ABSTRACT. This is FERRAJOLIS' lecture at the I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (i-Latina). The author identifies the two similarities that —in his opinion— justify speaking of a legal philosophy for the Latin World: one is the share trust on the role of reason as civilising factor since it limits arbitrariness and keeps Law restrained, and as the bond between iusphilosophical reflection and legal practice. Another is the fact that theoretical elaborations in the Region reflect the very structural characteristics in their constitutional democracies, which happen not to be equally present in the *common law* systems. Assuming this framing, FERRAJOLI characterises, on the bases of positivism and antirealism, the principal tasks that legal philosophy should be undertaking hereafter.

Keywords: Anomie, social rights, FERRAJOLI, globalisation, i-Latina, Latin World, Unrestrained powers, positivism, realism.

---

* Fecha de recepción: 4 de junio de 2016. Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2016.
Traducción de Alí LOZADA.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.13

1. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL MUNDO LATINO

Debemos agradecer a Manuel ATIENZA por la iniciativa de este magnífico Congreso, que ha mostrado, en sus numerosas relatorías y en el intenso debate posterior a cada una de ellas, la pluralidad de ideas y enfoques que caracterizan a la filosofía del derecho en nuestro Mundo Latino, así como el clima cultural común ligado a nuestras tradiciones culturales compartidas y, más aún, a las similares características estructurales de nuestros ordenamientos. Añado que el debate en los últimos días ha demostrado que nuestras similitudes son mucho mayores que nuestras diferencias, y que la confrontación entre nosotros es un factor que asegura el enriquecimiento y desarrollo de nuestras disciplinas. Creo que, por encima de todo, hay dos afinidades que permiten hablar de una filosofía jurídica específica del Mundo Latino.

La primera afinidad, ya destacada por Manuel ATIENZA, consiste en la común confianza en la razón como factor de civilización del derecho y de limitación de la arbitrariedad, así como en la estrecha relación instituida entre reflexión iusfilosófica y práctica jurídica. Agrego que estas dos características de nuestras culturas filosófico-jurídicas se han afirmado, en casi todos nuestros países, con la finalización de los regímenes fascistas o autoritarios. Con el advenimiento de las democracias, primero en Italia, luego en España y después en América Latina, se produjo un giro en el pensamiento filosófico-jurídico, orientado al redescubrimiento de la razón y al desarrollo de disciplinas empíricas, analíticas y anti-metafísicas: la teoría general del derecho, la metodología de la ciencia jurídica, el análisis del lenguaje jurídico, la lógica jurídica, la teoría de la argumentación y de la interpretación y, en general, del razonamiento jurídico. Es extraordinaria la coincidencia de este cambio de enfoque filosófico con la finalización de los regímenes totalitarios o autoritarios. Obviamente, sería arbitrario cualquier juicio acerca de las valencias políticas de las distintas orientaciones filosóficas. Aludo solamente al nexo entre clima político y clima filosófico que bien advirtiera Hans KELSEN en un bellísimo artículo de 1932 titulado *Defensa de la Democracia*: «En los círculos teóricos del derecho público y en los sociólogos», escribió en vísperas del nacismo, «hoy en día es casi natural hablar de la democracia con palabras burlonas, mientras que está de moda saludar a la dictadura, directa o indirectamente, como al amanecer de una nueva era. Y este cambio de actitud "científica" va de la mano con un cambio en el frente filosófico; de la claridad del razonamiento empírico-crítico, desprestigiado como trivialidad, se vuelve a la oscuridad, considerada profundidad, de la metafísica, al culto a un irracionalismo nebuloso, es en esta atmósfera específica donde mejor han prosperado las más diversas formas de autocracia» (en H. KELSEN, *Sociologia della democrazia,* a cura di A. CARRINO, Napoli, Esi, 1994: 42-43).

Hay un segundo factor que, más allá de nuestras diferencias, es común a nuestra manera de concebir y practicar la filosofía del derecho y permite hablar de una específica filosofía del derecho del Mundo Latino: el hecho, ya mencionado, de que nuestros enfoques reflejan características estructurales de nuestras democracias constitucionales, que no se encuentran con la misma rotundidad en los sistemas del *common law* y

que nuestra subordinación a la cultura jurídica anglosajona nos hace a veces olvidar. La primera de estas características es el principio iuspositivista de legalidad como norma de reconocimiento de todo el derecho existente. La segunda es la constitucionalización rígida de principios de la justicia como el principio de igualdad, los derechos de libertad y, sobre todo, los derechos sociales, como límites y vínculos impuestos a los poderes públicos. Es este constitucionalismo rígido la característica más relevante de nuestros ordenamientos, el que ha conferido a la reflexión sobre los derechos fundamentales y sus garantías una centralidad teórica que es, sin duda, uno de los aspectos específicos de nuestra filosofía jurídica.

Ahora, cabe preguntarse: ¿qué tipo de enseñanza filosófico-jurídica es requerida por estas dos propiedades estructurales de nuestras democracias de cara a la formación de los juristas y, ante todo, al desarrollo del interés por el derecho en nuestros estudiantes? Siempre he creído que el principal propósito de nuestra enseñanza de filosofía del derecho es infundir en los estudiantes un interés por el derecho capaz de vencer el tedio generado, sobre todo en el estudio de las disciplinas jurídicas más especializadas, por la sensación de estudiar una técnica burocrática de ejercicio del poder y de control social. Pues bien, el desarrollo en nuestros estudiantes del interés y, añado, de la pasión por el derecho solo es posible si podemos mostrarles los dos aspectos de la experiencia jurídica que he mencionado antes y que solo la reflexión filosófico-jurídica y la teoría del derecho están en capacidad de iluminar. El primer aspecto es la naturaleza artificial del derecho: el derecho es construido por nosotros, por la política y, ante todo, por la cultura jurídica, y proporciona a la política el lenguaje en el que vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones. El segundo aspecto lo representa la enorme brecha entre la normatividad fuerte y exigente de los principios de justicia establecidos en nuestras cartas constitucionales —la igualdad, la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales— y el incremento *de facto* de las desigualdades y de las violaciones de los derechos producto del desarrollo desregulado de los poderes salvajes, tanto al interior de nuestros ordenamientos, cuanto —y aún más— en el mundo globalizado de hoy. Estos dos aspectos de la fenomenología del derecho exigen de la cultura jurídica, y sobre todo de la filosofía y teoría del derecho, un doble punto de vista crítico respecto del derecho vigente: la crítica externa, desde el punto de vista de la la justicia, y la crítica interna, desde el punto de vista de la legitimidad constitucional.

2. EL SIGNIFICADO DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL PUNTO DE VISTA CRÍTICO EXTERNO

El primer punto de vista crítico es el generado por el primero de los dos aspectos mencionados anteriormente: la total artificialidad del derecho y de las instituciones jurídicas y políticas. Todo el derecho, todas las normas jurídicas, todas nuestras instituciones —las constituciones, las leyes y las prácticas judiciales, administrativas y negociales— son el producto de las elecciones de los hombres, resultantes de sus valores e intereses. Y todos nosotros, empezando por nosotros los juristas, tenemos —por como el derecho y las instituciones funcionan en concreto y, ante todo, por como son producidas, diseñadas y concebidas— responsabilidad en ello.

Éste es el significado profundo del positivismo jurídico. Con el positivismo jurídico y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente nació la política moderna en cuanto producción y transformación, precisamente, del derecho, es decir, de las reglas y de las relaciones sociales. El lenguaje del derecho ha devenido, desde entonces, el lenguaje de la política, en el que, repito, vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones. Esto conlleva dos corolarios.

El primer corolario del principio de legalidad es la separación entre derecho y justicia y la autonomía del derecho positivo vigente respecto del punto de vista de la moral y la política, y viceversa. Si damos por verdadero que es derecho todo y solo lo que es producido por el legislador, entonces su existencia y su validez se separan de la justicia, en el sentido de que no todas las normas jurídicas son justas solo porque sean válidamente producidas y jurídicamente existentes, y a la inversa, no todas las normas existen como normas jurídicas solo porque sean justas. El significado de la tan discutida «separación entre derecho y moral» no consiste más que en eso. Con dicha tesis no se quiere decir, por supuesto, que en el derecho no haya contenidos morales (o inmorales), sino únicamente que ni la existencia ni la validez jurídica de una norma implican la justicia de aquella, ni que la justicia de una norma implica la existencia y la validez jurídica de la misma. Por efecto del principio de legalidad se produce, en suma, una virtual divergencia entre el «deber ser moral o político» del derecho y su «ser» efectivo, es decir, entre el derecho existente y el derecho justo. De esto se sigue la refutación de una doble falacia ideológica: la del legalismo ético, que identifica la justicia con el derecho, y la del moralismo jurídico que identifica el derecho con la justicia. Esta virtual separación entre derecho y justicia es la que da lugar al campo de acción propio del punto de vista moral y político, autónomo y externo al derecho positivo: este punto de vista ético-político, señaladamente, el de la justicia, es crítico respecto del derecho existente cuando este es considerado injusto, y es proyectivo de un derecho más justo que el existente; es a partir de ese punto de vista —añado, no objetivo, sino subjetivo de cualquiera de nosotros— que se formulan las políticas de gobierno pero también las políticas de la oposición, la defensa del derecho existente pero también su crítica, y la proyección del derecho futuro.

El segundo corolario, conectado con el primero, es el rol pragmático del que están investidas tanto la política como la teoría del derecho y la filosofía de la justicia. Si el derecho es producto de la política, entonces, antes que nada, él ha sido pensado y teorizado por los hombres y, por tanto, por la filosofía jurídica y política. Debido a esto, bien podríamos decir que los padres constituyentes del moderno Estado de derecho han sido, más que los hombres políticos, los filósofos de la política y del derecho, de HOBBES a LOCKE y a MONTESQUIEU, de BECCARIA y FILANGIERI a KANT y a CONSTANT. De aquí la dimensión pragmática y la responsabilidad de la filosofía jurídica y política en la teorización y en el diseño del derecho y de las instituciones políticas. La democracia, en efecto, es una construcción jurídica, así como una construcción política y social, y como tal supone un diseño teórico que solo la filosofía política y la teoría del derecho están en capacidad de desarrollar.

3. EL SIGNIFICADO DEL CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO Y EL PUNTO DE VISTA CRÍTICO INTERNO

El segundo punto de vista crítico en el examen del derecho vigente, que, a mi juicio, una aproximación filosófico-jurídica a la altura de nuestras democracias constitucionales sugiere al jurista, es el generado por el segundo de los dos aspectos de la moderna fenomenología del derecho que he mencionado en un inicio: la artificialidad, pero no solo del derecho, sino también de los principios y valores a los cuales el derecho debe ajustarse, y en consecuencia, la distancia que separa a tales principios de la realidad efectiva del derecho vigente. Gracias a la introducción de las constituciones rígidas, en efecto, todo el derecho, para ser válido y también existente, debe, por un lado, ser compatible y, por otro, actuar* los principios de justicia —la igualdad, la dignidad de la persona, los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales— estipulados en aquellas normas de derecho supraordenadas a todas las demás que son las formuladas en las cartas constitucionales, sean nacionales o internacionales.

Este es el significado y la sustancia del *constitucionalismo jurídico,* por lo que bien podríamos caracterizarlo como un positivismo jurídico reforzado y completado, al haber ampliado las opciones, que de otro modo serían arbitrarias, a las que debe ajustarse la legislación. Las constituciones diseñan, en efecto, el proyecto jurídico del futuro: los principios de libertad, de igualdad y de justicia que las leyes ordinarias deben garantizar y actuar y que equivalen a otros tantos límites y vínculos impuestos a la legislación y por tanto a la política. La política sigue siendo la fuente y el motor de la producción jurídica. Mas, al mismo tiempo, ella se subordina al derecho expresado en las constituciones, es decir, a la prohibición de lesionar los derechos de libertad y a la obligación de actuar los derechos sociales constitucionalmente establecidos, los cuales imponen dar, el uno un paso atrás, y el otro, un paso delante en la esfera pública. De aquí se siguen, de nuevo, otros dos corolarios.

El primer corolario del principio de legalidad constitucional consiste en una segunda separación: la separación no solo entre justicia y validez, sino también entre validez y existencia del derecho. Si es verdad que deviene existente todo y solo el derecho producido en las formas por él mismo establecidas, entonces, la existencia (o el vigor) de las normas se separa también de su validez jurídica, así como de su justicia: bien es posible, en efecto, que cobren existencia normas incompatibles con los principios constitucionales, y sean, por tanto, inválidas, y que no cobren existencia todas las normas de actuación implicadas e impuestas por los principios constitucionales. Bien es posible, en otras palabras, que se produzca un *derecho ilegítimo,* o sea, el ejercicio ilegítimo del poder, por comisión o por acción: una figura —la del derecho ilegítimo— que el viejo positivismo jurídico —piénsese solamente en Hans KELSEN— concebía

* *N. del T.:* El término italiano *attuazione*, que Luigi FERRAJOLI usa en varios pasajes del texto, forma parte de su lenguaje teórico axiomatizado. Lo hemos traducido como *actuación*, siguiendo la versión castellana de *Principia iuris* (Trotta, 2011). Así, cuando FERRAJOLI nos hable del derecho, de las leyes o de las normas de *actuación*, hemos de entender que se refiere a la producción legislativa de las garantías primarias de los derechos sociales (es decir, de las obligaciones positivas correlativas a estos, cuya ausencia origina una laguna).

como una «contradicción en los términos» y que constituye el rasgo característico de las actuales democracias constitucionales: su posible defecto, pero también su mayor mérito. solo en los ordenamientos en los cuales la potestad legislativa es absoluta, existencia y validez efectivamente coinciden. A causa de la virtual divergencia entre «deber ser» constitucional y «ser» legislativo del derecho, en cambio, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas existen, virtual pero inevitablemente, antinomias y lagunas.

El segundo corolario es el ulterior rol pragmático del que está investida la cultura jurídica, por efecto de la ampliación del punto de vista crítico, que incluye no solamente el político o externo, sino también el jurídico o interno al derecho positivo: este es, precisamente, el punto de vista de los principios constitucionales, crítico respecto del derecho existente cuando este sea inválido, y proyectivo de las normas de actuación implicadas e impuestas por dichos principios cuando ellas no existan. Gracias a este segundo punto de vista, es directamente la ciencia jurídica, mas no la filosofía política o de la justicia, la que está comprometida, en el plano científico antes que en el civil y político, con el rol crítico y proyectivo respecto de su propio objeto. De ahí surge el que bien podríamos llamar carácter «militante» de la ciencia jurídica, impuesto por las constituciones tomadas en serio: por un lado, la crítica de las normas inválidas, es decir, las antinomias, para que estas sean anuladas por la jurisdicción; por otro lado, el diseño de las leyes de actuación de los derechos establecidos, para que sus lagunas sean removidas por la legislación.

En este cambio del rol de la ciencia jurídica se manifiesta el nexo isomórfico existente entre derecho y sistema político, y en particular, entre las propiedades estructurales de los actuales ordenamientos jurídicos y la democracia. Esta relación consiste en la correspondencia entre las condiciones, tanto formales como sustanciales, de la validez de las normas jurídicas y las condiciones, formales y sustanciales, de la legitimidad del sistema político. En los Estados absolutos, *quod principi placui legis habet vigorem et validitatem,* resulta válido todo lo que agrada al soberano, cuya voluntad es la fuente de legitimación de todo el sistema político. En la democracia política del Estado legislativo, la validez de las normas está determinada por las formas político-representativas de la producción legislativa, correspondientes únicamente a la dimensión formal, política o representativa de la democracia. En la democracia constitucional, en fin, la legitimidad jurídica está determinada, además de por la conformidad de las normas producidas con las formas político-representativas de su producción, también por sus contenidos, en cuanto a la actuación y al respeto de los principios de justicia constitucionalmente establecidos, los que corresponden, a su vez, a la dimensión sustancial de la democracia constitucional.

4. LA INSIDIA DEL REALISMO Y LOS PROBLEMAS DE LA ANOMIA

Finalmente, en mi opinión, hay una última toma de conciencia que debe ser promovida por la aproximación filosófico-jurídica a nuestros ordenamientos de democracia constitucional. Me refiero a la insidia continua proveniente de las falacias del realismo jurídico y político. Evidentemente, la investigación empírica y sociológica sobre

el funcionamiento concreto de nuestros ordenamientos es el presupuesto básico de cualquier aproximación científica al derecho. Sin embargo, conviene evitar una doble falacia.

La primera falacia es común a todas las ciencias sociales —a la ciencia jurídica, pero también a la teoría política y a la economía— y consiste en su concepción como ciencia puramente «descriptiva» y en la caracterización de su objeto como un objeto natural: como si el derecho, las instituciones jurídicas y políticas, el mismo funcionamiento del mercado fueran, de hecho, fenómenos naturales y no fenómenos artificiales producidos por la política, respecto de los cuales, entonces, la política lleva responsabilidad. «No hay alternativas», es la tesis que expresa esta naturalización, por ende privada de alternativas, de los fenómenos sociales, y que viene siendo repetida en estos años por nuestros gobernantes y por gran parte de los economistas para sostener las políticas de austeridad que están llevando a Europa a la ruina.

La segunda falacia está ligada específicamente a la naturaleza normativa del derecho y, en particular, a la normatividad fuerte de las normas constitucionales. Esta consiste en calificar como válido el derecho efectivamente practicado y, por tanto, en ignorar y, de hecho, secundar el eventual derecho ilegítimo, es decir, las violaciones, por comisión o por omisión, de las normas a él supraordenadas. En ambos casos se produce una especie de legitimación cruzada: de la teoría por parte de la realidad o sea de lo que acontece y de la realidad es decir de lo que acontece y de las prácticas jurídicas extra-legales por parte de la teoría; de la tesis teórica de la falta de alternativas por parte de la verificación de facto del derecho existente y de las ordenaciones económicas y sociales de las cuales ese derecho es expresión, e inversamente, del derecho existente aunque sea en contraste con su deber ser constitucional por parte de su descripción realista como privado de alternativas.

Pues bien, es precisamente la alternativa de las promesas constitucionales la que resulta desacreditada como «irrealista» por la tesis «realista» de la falta de alternativas. El distinguir entre el «deber ser» (jurídico) y el «ser efectivo» del derecho, así como entre la aproximación teórica, crítica y proyectiva, y la aproximación sociológica al derecho existente, es la condición necesaria, por tanto, para identificar el derecho ilegítimo y para dar cuenta, en el plano científico, de la complejidad estructural de nuestros ordenamientos.

En nuestro Congreso, una sesión específica ha estado dedicada a las varias formas de anomia. Hay pues, dos tipos de anomia —ambas ilegítimas, pero legitimadas, o en todo caso ignoradas, por las aproximaciones realistas— que, en mi opinión, representan hoy los principales problemas, no solamente políticos, sino también sociales. En primer lugar, el problema de las lagunas de garantías de los derechos sociales, que es grave, sobre todo, en los países de América latina. Todos los derechos fundamentales, si se los toma en serio, requieren leyes de actuación que introduzcan sus garantías, es decir, las correspondientes obligaciones a cargo de la esfera pública, sin las cuales están destinados a permaneces inefectivos: la institución del servicio sanitario y gratuito como garantía del derecho a la salud, la legislación sobre la escuela —igualmente— pública y gratuita como garantía del derecho a la educación, la renta mínima de ciudadanía y las otras formas de previsión como garantía del derecho a la subsistencia. No

se trata de opciones políticas confiadas a la discrecionalidad de los gobiernos, sino de deberes jurídicos de actuación, correlativos a esas específicas expectativas positivas de prestaciones públicas en las que consisten todos los derechos sociales. Por lo demás, contrariamente al lugar común neoliberal según el cual tales derechos son realistamente actuables en la medida en que existan los recursos económicos necesarios para actuarlos, nuestra experiencia enseña que los gastos sociales para satisfacerlos han sido las inversiones más productivas, incluso en el plano económico: la prueba de esto es la mayor riqueza de los países europeos respecto del resto del mundo y de su mismo pasado, debida al hecho de que ellos han garantizado —con la salud, la educación y los mínimos vitales— la máxima productividad individual y, por tanto, la máxima productividad colectiva.

La segunda anomia, aún más grave y dramática, es la ausencia de reglas heterónomas que estén a la altura de los poderes económicos y financieros globales. En el momento en el que el derecho estatal parecía haber alcanzado su máximo perfeccionamiento, gracias a los límites y vínculos impuestos a todos los poderes por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, los poderes económicos y financieros se han reubicado fuera de los confines nacionales, evadiéndose del rol de gobierno de la política y de las funciones de garantía del derecho. Esta es, hoy en día, la verdadera amenaza para la democracia, tanto en su dimensión política y representativa como en su dimensión legal y constitucional: el incremento incontrolado de los poderes salvajes del mercado, producto de la asimetría entre el carácter global de la economía y las finanzas, y el carácter todavía preeminentemente estatal de la política y del derecho. Gracias a esta asimetría, se ha invertido la jerarquía democrática de los poderes: no es más la política la que gobierna la economía y las finanzas, sino a la inversa; no son más los representantes parlamentarios los que dirigen la política de los gobiernos y dictan reglas a los poderes económicos y financieros, sino que son estos poderes los que dictan sus reglas a los gobiernos y a los parlamentos, hasta el punto de exigir reformas constitucionales idóneas para asegurar la máxima gobernabilidad, es decir, la omnipotencia de la política respecto de la sociedad, necesaria para su impotencia y subordinación a los dictados de la economía y de las finanzas.

La globalización de la economía y de las finanzas, pero no de la política ni mucho menos del derecho y de los derechos, consiste precisamente en esta pérdida de soberanía política estatal, sustituida por el nacimiento de este nuevo soberano global, invisible, anónimo, irresponsable y al mismo tiempo voraz y depredador, constituido por los poderes desregulados del mercado. Consiste, por tanto, en el vacío de un derecho público global, colmado por el derecho privado producido por los mismos actores de la economía y de las finanzas; en la consecuente sustitución del imperio de la ley y su heteronomía por el imperio del contrato y de la autonomía privada como fuente privilegiada de la producción jurídica; en suma, en la afirmación como verdadera *grund-norm* del orden mundial, no ya de las constituciones nacionales y las cartas internacionales de los derechos, sino de la ley del mercado.

Me parece que repensar la geografía de poderes, tanto públicos como privados, y reivindicar el rol del derecho como ley del más débil en contra de las leyes de los más fuertes, que son las leyes de la economía, son actualmente las tareas principales de

la filosofía del derecho del futuro. Se trata de una batalla cultural, en la que, quizás, la cultura jurídica y la filosofía del derecho del Mundo Latino estén mejor provistas que la cultura y la filosofía jurídica anglosajonas, más ligadas a la tradición tanto del realismo jurídico como del neoliberalismo económico. Esto bastaría para justificar nuestros encuentros y nuestro compromiso de cara a una discusión y un intercambio futuros.

PLURALISMO DE LOS VALORES, NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y BALANCE LIBERTAD-SEGURIDAD *

Mauro Barberis

*Universidad de Trieste***

I don't understand why the strongest nations on Earth believes that acknowledging a mistake will threaten its security

(K. Al-Masri)

RESUMEN. Después del 11 septiembre de 2001, se habla cada vez más de supuestos balances entre libertad y seguridad, balances que corren el riesgo de convertir el Estado constitucional en Estado de seguridad (*Security State*). La metáfora del balance es compartida entre el *value pluralism*, la metaética que atribuye a los valores características como objetividad, pluralidad, conflictividad, inconmensurabilidad e indeterminación (apartado 2), y el *new constitutionalism* de la posguerra, que atribuye las mismas características a los principios constitucionales (apartado 3). Sin embargo, el análisis de los supuestos balances entre libertad, por un lado, y seguridad *individual*, *social* y *nacional*, por el otro (apartado 4), produce como resultado que restringir libertades individuales disminuye también la seguridad individual, sin aumentar la seguridad colectiva en algún grado significativo.

Palabras clave: pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo, libertad, seguridad.

Pluralism of values, new constitutionalism and freedom-security balancing

ABSTRACT. After 9/11, is increasing talk of alleged balances between liberty and security — balances foreshadowing the transformation of Constitutional State in a Security State. The balance's metaphor is shared by value pluralism, the metaethics ascribing to values characters like objectivity, plurality, conflictivity, incommensurability, and indeterminacy (§ 2), with postwar new constitutionalism, ascribing the same characters to constitutional principles (§ 3). However, the analysis of the alleged balances between liberty, on the one hand, and *individual*, *social* and *national* security respectively, on the other, produces the following results. Restraining individual liberties weakens *individual* security too, without increasing at a significant extent *collective* security.

Keywords: value pluralism, new constitutionalism, liberty, security.

---

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2016. Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2016.

Este trabajo amplía las lecciones del Master en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Imperia, 10 de febrero de 2016), y ha sido financiado por los fondos FRA 2014 de la Universidad de Trieste.

** Profesor Ordinario de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste. Mail: *barberis@units.it*.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.14

1. PREMISA

Desde el 11 de septiembre, al menos, se habla obsesivamente de balancear libertad y seguridad. La metáfora de la balanza es común al *pluralismo valorativo* (*value pluralism*), la metaética que predica la objetividad, pluralidad, conflictividad e inconmensurabilidad de los valores éticos o prácticos (apartado 2), y al nuevo constitucionalismo postbélico (*new constitutionalism*), que predica esas mismas características de los principios constitucionales (apartado 3). No obstante, un análisis del balance entre libertad, de un lado, y seguridad individual, social y nacional, del otro (apartado 4), genera esta conclusión: restringir la libertad disminuye la propia seguridad individual, sin aumentar en alguna medida apreciable la seguridad colectiva.

2. PLURALISMO DE LOS VALORES

El pluralismo de los valores no es una ética normativa, más o menos liberal[1]. Si lo fuese, no constituiría un terreno adecuado para hablar de los conflictos entre libertad y seguridad y de los posibles balances entre ellas. En efecto, si fuese una ética normativa como las teorías de la justicia *liberal* o *libertaria*, consideraría a la libertad como el valor último, y rechazaría la idea de su balance con la seguridad, como un artificio retórico. Este trabajo llega a conclusiones no muy diferentes pero tomando en serio los argumentos por la seguridad: en algún sentido es verdadero que esta pudiera prevalecer sobre la libertad.

El pluralismo de los valores es una *metaética*: una investigación sobre el estatus del desacuerdo en el discurso ético y/o en el razonamiento práctico[2]. La metaética presenta un desacuerdo ulterior, de según nivel, entre dos familias de posiciones que denominaré, apresuradamente, objetivismo y subjetivismo (meta)éticos[3] (*cfr.* 2.1). Adoptando la conocida distinción entre niveles intuitivos y críticos, respectivamente, del discurso ético y/o del razonamiento práctico[4], las razones —empíricas o fácticas, analíticas o conceptuales, normativas o valorativas— en pro y en contra de tales posiciones podrían presentarse así.

Según el *objetivismo* metaético, los desacuerdos que se presentan comúnmente en las discusiones de ética normativa serían legítimos solo *prima facie*; a un nivel más profundo, *all things considered*, se revelarían como ilegítimos. En efecto, los problemas

---

[1] Sobre este punto, *vid.* la discusión realizada en *Political Studies*, 42/2, 1994, entre George CROWDER y los dos mayores exponentes del *value pluralism*, Isaiah BERLIN y Bernard WILLIAMS. Un alumno de BERLIN, que asume posiciones de compromiso entre libertad y seguridad, es Michael IGNATIEFF: *cfr. id.*, *The Lesser Evil: Political Ethics en an Age of Terror*, Princeton, Princeton, U. P., 2004.

[2] Los teóricos del derecho hablan de desacuerdos interpretativos: *cfr.* P. LUQUE SÁNCHEZ, G. B. RATTI (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid, Marcial Pons, 2012. Los estudiosos de metaética deberían hablar de desacuerdos éticos o prácticos.

[3] A pesar de las contraindicaciones, prefiero estas denominaciones, usadas también por los autores de los que me ocupo, a otras no menos comunes pero en absoluto coincidentes como cognoscitivismo/no-cognoscitivismo o, peor aún, realismo/antirealismo.

[4] La distinción, ampliamente retomada también por los teóricos del derecho, se debe a R. M. HARE, *Moral Thinking: Its Levels, Methods, and Point*, Oxford, Oxford U. P., 1981.

ético-normativos, incluso solo para poderse decir tales, deberían siempre admitir *una* solución objetiva, o correcta, o mejor que otras. Según el *subjetivismo* metaético, en cambio, el desacuerdo *prima facie* podría permanecer perfectamente como legítimo incluso *all things considered*; después de todo, los problemas ético-normativos son tales precisamente porque admiten *más* respuestas legítimas, que siempre pueden ser puestas nuevamente en discusión.

Entre las diversas razones del desacuerdo metaético haría falta, quizás, atender mejor a los distintos objetivos de las disciplinas en cuestión. Para las disciplinas predominantemente *normativas*, como la filosofía moral o política, pero también, de un modo distinto, la economía o la doctrina jurídica, es esencial justificar soluciones compartidas; quizás no por casualidad muchos estudiosos de estas disciplinas son objetivistas. En cambio, para las disciplinas predominantemente *cognoscitivas*, como la teoría del derecho y las ciencias sociales es, al menos, igualmente importante explicar los desacuerdos; quizás también por esto muchos estudiosos de tales disciplinas son subjetivistas.

La discusión entre objetivistas y subjetivistas, como veremos, tiende a ser reemplazada por la discusión entre monistas y pluralistas de los valores. No obstante, para evitar equívocos, esta última debe ser distinguida de la discusión sobre la unidad o bien la fragmentación del razonamiento práctico. A menudo, los teóricos del derecho han sostenido la fragmentación del razonamiento práctico en moral, político, jurídico, excluyendo así la relevancia de los valores éticos para el razonamiento jurídico. En cambio, los valores se tornan esenciales para los partidarios de la unidad del razonamiento práctico: el estatus de los valores no es menos importante para los teóricos del derecho que para los filósofos morales o políticos[5].

Finalmente, la distinción entre monismo y pluralismo de los valores, gira en torno al desacuerdo o, mejor dicho, al conflicto en la ética, y a su posible solución *all things considered*. No es, en cambio, una dicotomía o una clasificación en sentido lógico; es una oposición polar. Se dan, al menos, cinco alternativas a propósito de los valores: no solo objetividad/subjetividad, sino también unidad/pluralidad, armonía/conflicto, conmensurabilidad/inconmensurabilidad, determinación/ indeterminación. Según la elección que se tome en cada una de estas alternativas, cada autor se ubicará más cerca bien del polo monista o bien del polo pluralista.

Un desarrollo importante del pluralismo de los valores, y de sus relaciones con el derecho, ha sido provisto por Bruno CELANO. Cito un pasaje suyo, muchas de cuyas expresiones serán examinadas seguidamente.

> El derecho es necesariamente expresión de valores y principios éticos objetivos. Es tarea del derecho positivo la determinación de estos principios y valores. Pero los valores, por hipótesis objetivos, son múltiples, conflictivos, inconmensurables e indeterminados. Su determinación exige, pues, ponderación, resolución de conflictos, conmesuración de lo inconmensurable, determinación de lo indeterminado. El derecho [positivo] realiza esta determinación mediante una estructura nomodinámica (instituciones de poderes normativos)[6].

---

[5] Debo esta distinción a una discusión con Nicola MUFFATO.

[6] B. CELANO, *derecho, justicia, razones*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 150. La traducción es de José Juan MORESO.

En otra ocasión he presentado al pluralismo de los valores como la metaética del constitucionalismo[7]. Aquí, en cambio, en el apartado 2, formulo cinco tesis distintivas del *value pluralism* sobre los valores éticos o prácticos, mientras que en el apartado 3 formulo cinco tesis correspondientes sobre los principios constitucionales emergentes en el *new constitutionalism*. Las correspondencias entre estas tesis no se deben a influencias recíprocas; normalmente, filósofos de la ética y constitucionalistas se ignoran recíprocamente. Más bien, los principios del nuevo constitucionalismo parecen ser la formulación jurídica de los valores del pluralismo, una suerte de equilibrio reflexivo en la que metaética e instituciones constitucionales se enriquecen recíprocamente.

2.1. ¿Valores éticos objetivos?

En metaética, la discusión entre objetivistas y subjetivistas tiende a ser reemplazada por aquella entre monistas y pluralistas de los valores, aun cuando, luego, no coincidan ambas distinciones. Ciertamente, los monistas (iusnaturalistas, utilitaristas...) son objetivistas, mientras que los padres del pluralismo, Friedrich NIETZSCHE y Max WEBER, son subjetivistas, más o menos radicales. Sin embargo, pluralistas como Celano, Isaiah BERLIN (el inventor de la propia etiqueta «*value pluralism*») y Bernard WILLIAMS, se declaran objetivistas, con una ambigüedad que hace falta disipar, aunque solo sea para mostrar en qué el pluralismo de los valores constituye un progreso en relación con el subjetivismo metaético.

La vieja disputa entre objetivistas y subjetivistas versa sobre los valores solo por metonimia; en realidad, versa sobre los juicios de valor, de los que los valores constituyen los parámetros. Pluralistas como BERLIN, WILLIAMS y CELANO consideran los *valores* objetivos solo en tanto que dados en la cultura humana; como veremos más adelante (*cfr.* 3.1.), se podría pensar en ellos como el producto de procesos de abstracción. Es decir, que de juicios de valor más o menos subjetivos, por ejemplo, en términos de justicia, libertad, solidaridad, se abstraen valores objetivos como la justicia, la libertad, la solidaridad, pero con el precio de su indeterminación (pluralidad, conflictividad, inconmensurabilidad, además de su genericidad)[8].

Por tanto, debiendo elegir, conciliar, conmensurar y determinar valores semejantes, los *juicios de valor* permanecen, en gran medida, como subjetivos. Precisamente por esto, sin embargo, el pluralismo de los valores constituye un progreso con respecto a las metaéticas subjetivistas. Ello, en efecto, explica-justifica el acuerdo sobre valores indeterminados *y* el desacuerdo sobre sus determinaciones, identificando las razones del uno y del otro. En la formulación de CELANO, además, esta metaética pluralista

---

[7] *Cfr.* M. BARBERIS, *Etica per giuristi* (2006), trad. cast. *Ética para juristas,* Madrid, Trotta, 2008, 163-197 y, desde el título, «Metaética del constitucionalismo», en *Diritto & questioni pubbliche*, 2011, 133-156.

[8] BERLIN implícitamente, CELANO explícitamente, invocan al respecto el principio de caridad interpretativa de Willard QUINE y Donald DAVIDSON; para comprender creencias ajenas debemos postular necesariamente alguna semejanza con las nuestras. Por ejemplo, I. BERLIN, «My Intellectual Path» (1998), trad. cast. «Mi trayectoria intelectual», en *id., Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2001, 123-136, se pregunta si del conjunto de los valores objetivos forman parte los «valores» nazis, y contesta que sí: podríamos *comprender* que mujeres y hombres como nosotros, bajo ciertas condiciones, hayan podido compartirlos.

restituye un rol crucial al derecho al ser llamado, en la división del trabajo ético, a determinar valores objetivos pero, o porque, indeterminados[9].

2.2. ¿Valores éticos plurales?

Que los valores sean múltiples sonaría obvio, *prima facie*, si no fuese posible, *all things considered*, reducirlos a la unidad. Es precisamente esto lo que hace al monismo de los valores, sostenido por BERLIN, la tradición central de la ética occidental: reduce la pluralidad de los valores a la unidad, o a un reducido núcleo de valores últimos. En su momento, la eudaimonia, el bien(sumo), el respeto de los pactos, la vida, la utilidad, la dignidad humana, fueron consideradas el valor último o, quizás, el ingrediente común a todos los valores que pueden fungir de criterio para solucionar los (aparentes) conflictos, o al menos de medida común para remediar su (aparente) inconmensurabilidad.

Todas las posiciones pluralistas, en sentido amplísimo, comparten la negación del monismo. Sin embargo, es necesario distinguir el significado de tres expresiones usadas a menudo para referirse a ellas: «politeísmo de los valores», «pluralismo de los valores» y «pluralismo ético». El politeísmo de los valores (*Polytheismus der Werte*), de Max WEBER, abarca todos los valores: religiosos (sacro/profano), epistémicos (verdadero/falso), estéticos (bello/feo), y estrictamente éticos (bueno/malo)[10]. El *value pluralism* de BERLIN oscila, pero termina refiriéndose, sobre todo, a valores éticos o prácticos. El pluralismo ético o práctico, finalmente, se refiere exclusivamente a estos últimos.

Incluso, la elección entre monismo y pluralismo de los valores, como toda otra opción metaética, depende inescindiblemente de consideraciones de tres tipos: empíricas o fácticas, analíticas o conceptuales, normativas o valorativas. Siempre es posible intentar distinguir estos tres componentes en cualquier posición metaética y, a menudo, es necesario hacerlo, aunque es claro que están inextricablemente conectados. Si se les distingue —como tienden a hacer los filósofos analíticos, aun cuando problematizan las distinciones entre empírico, analítico y normativo- se puede hablar de metaética; en cambio, cuando no se les distingue, se puede hablar más propiamente de metafísica[11].

2.3. ¿Valores éticos conflictivos?

¿Forman los valores un *kosmos*, un conjunto ordenado de bienes o, más bien, un caos de impulsos vitales conflictivos? El *value pluralism* asume que los valores son plurales, lo que no basta para definirlo. John FINNIS, por ejemplo, enumera siete bienes fundamentales: vida, conocimiento, juego, belleza, amistad, razonabilidad práctica, re-

---

[9] *Cfr.* en particular B. CELANO, *Derecho, justicia, razones*, *op. cit.,* 23-60.

[10] Así, M. WEBER, «Wissenschaft als Beruf» (1919), trad. cast. «La ciencia como profesión» en *id., La política como profesión*, Madrid, Espasa Calpe, 1992. C. SCHMITT, *Politische Theologie* (1922), trad. cast. *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009, extiende la clasificación a valores económicos (útiles/desventajosos) y políticos (amigo/enemigo).

[11] Este es el núcleo de la acusación de metafísica dirigido por el neopositivismo lógico a las filosofías tradicionales. Sucesivamente, muchas distinciones neopositivistas se han debilitado, pero tomarlas en serio, aunque solo sea para criticarlas, sigue siendo quizá el único aspecto distintivo de una filosofía o teoría analítica.

ligión, pero no puede, sin embargo, calificársele como pluralista porque no contempla la posibilidad de conflicto entre ellos[12]. Para el pluralismo, por su parte, los valores son conflictivos, pero sus conflictos son conciliables. Es siempre posible llegar a *trade-offs*, compromisos o balances que, sin embargo, pueden exigir elecciones trágicas; esta es la idea distintiva del pluralismo[13].

Como ya notaba Max WEBER, que se den desacuerdos éticos o prácticos, más o menos extensos según las épocas y las culturas, es un hecho empírico importante pero no decisivo para la alternativa objetivismo/subjetivismo[14]. Igualmente decisivo es cómo los desacuerdos son definidos; por ejemplo, ¿sólo *prima facie* o también *all things considered*? Finalmente, no menos importante es la dimensión normativa o valorativa. En la ética antigua, típica de sociedades *face to face* y cerradas hacia el exterior, la armonía era un valor casi indiscutido. En la ética moderna, en cambio, se vuelve sostenible la idea maquiavélica de la productividad del conflicto.

Sobre estos temas la literatura pluralista adopta una actitud realista, en el sentido del realismo político y jurídico. Este resulta ser un buen punto de partida para afrontar problemas como el conflicto entre libertad y seguridad. A diferencia del relativismo (meta) ético para el cual, después de todo, *anything goes*, el pluralismo toma en serio el conflicto, salvo hacer poco más que admitirlo y plantear compromisos. El nuevo constitucionalismo, en cambio, es menos drástico sobre los conflictos pero más interesado en su solución para lo cual adopta técnicas como el balance y el test de proporcionalidad (*cfr.* 3.3).

2.4. ¿Valores éticos inconmensurables?

«Inconmensurabilidad» admite dos sentidos principales. En el *primer* sentido, fuerte, indica imposibilidad de comparación, alteridad o heterogeneidad entre valores[15]. En este sentido, a veces, entre valores inconmensurables se postulan elecciones *radicales*, es decir, absolutas (sin que puedan ser contemperadas) y sin razones (que no sean ficticias). Piénsese en la elección entre verdad y ética propuesta por WEBER para científicos y docentes universitarios, y que solo depende, en última instancia, de la vocación (*Beruf*) del docente. Por otro lado, también elecciones como estas bien pueden ser racionales en el doble sentido: de no ser absolutas pero, en todo caso, de admitir razones[16].

En el *segundo* sentido, débil, «inconmensurabilidad» solo significa ausencia de una medida común y de un orden de preferencia prefijado. Los monistas a menudo han

---

[12] *Cfr.* J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (1980: 1992), trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*. Torino, Giappichelli 1996, 93-105.

[13] *Cfr.*, paradigmáticamente, I. BERLIN, «My Intellectual Path», *op. cit.*, y B. WILLIAMS, «Liberalism and Loss», en M. LILA, R. DWORKIN, y R. B. SILVERS (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York, New York Review of Books, 91-104.

[14] *Cfr.* M. WEBER, «Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften» (1917), trad. it. en *id*, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milán, Mondadori, 1958, 326: «Sobre estas cuestiones no se llega a nada a través de constataciones de hecho».

[15] *Cfr.*, al menos, R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard U. P., 1997.

[16] La alternativa elección radical/racional y otras alternativas solo aparentemente dicotómicas, es propuesta por J. GRAY, *Isaiah Berlin* (1995), trad. cast. *Isaiah Berlin,* Valencia, Alfons el Magnànim, 1996, e *id.*, *Two Faces of Liberalism* (2000), trad. cast. *Las dos caras del liberalismo*, Barcelona, Paidós, 2001.

admitido una suerte de medida común a todos los valores (la utilidad) o a todos los derechos (la dignidad humana), que proveería también el criterio para ordenarlos *ex ante*, es decir, para proveer una jerarquía axiológica preestablecida apta para solucionar los (aparentes) conflictos. Para los pluralistas, en cambio, una medida y un orden semejante no se dan *a priori,* pero pueden buscarse solo *a posteriori,* realizando *trade-offs*, compromisos o balances, todas ellas, obviamente, actividades ni irracionales ni, menos aún, irrazonables.

La inconmensurabilidad, en ambos sentidos, es un problema teóricamente insoluble que admite solo soluciones prácticas. En los casos de inconmensurabilidad, fuerte o débil, alguien debe finalmente decidir, radicalmente o racionalmente. Este problema es dejado abierto por el pluralismo de los valores y afrontado por el derecho del nuevo constitucionalismo. Este instituye autoridades normativas que conmensuran valores inconmensurables en los dos sentidos, como libertad y seguridad; el nuevo constitucionalismo, en particular, confía el control de sus decisiones a cortes supremas, constitucionales e internacionales (*cfr.* 3.4).

2.5. ¿Valores éticos indeterminados?

Finalmente, monistas y pluralistas pueden concordar sobre la objetividad de los valores, pero discrepan sobre su determinación. Los valores son objetivos sea para los monistas como para los pluralistas; para los primeros, porque son natural o racionalmente dados; para los segundos, porque son alcanzados mediante abstracciones de juicios de valor formulados en las distintas culturas. En cuanto a su determinación, en cambio, para los monistas son reducibles a la unidad, armónicos, conmensurables y, en conjunto, determinados, mientras que para los pluralistas siempre quedan múltiples, conflictivos, inconmensurables y, en conjunto, indeterminados.

Determinación e indeterminación pueden ser entendidos como un rasgo en sí mismo: la genericidad (*cfr.* 3.5), o como el conjunto de los rasgos anteriores, a lo que, sin embargo, hace falta añadir algo. Las autoridades jurídicas llamadas a elegir, balancear y conmensurar valores realizan determinaciones que quedan, en alguna medida, fatalmente subjetivas, particulares y contextuales. Cada uno de estos adjetivos, usados de forma distinta en filosofía moral y en teoría del derecho, se presta a equívocos; por tanto, es necesario precisar que aquí solo son relevantes los sentidos jurídicos, sobre los que se puede decir cuanto sigue.

Las determinaciones de las autoridades jurídicas son subjetivas, antes que nada, en el sentido de discrecionales: elecciones entre posibles alternativas. Luego, son particularistas, pero no en el sentido del particularismo moral (relativo a casos concretos) sino en el sentido jurídico de ser estructuralmente inestables, siempre pasibles de excepciones en casos posteriores. Finalmente, tales determinaciones son contextuales precisamente en el sentido de ser relativas a diversos contextos que, sin embargo, pueden ser más o menos abstractos en las determinaciones legislativas, o bien concretos, pero solo en las determinaciones judiciales ordinarias[17].

[17] Para todas estas precisiones *cfr.*: en términos de «no trascendibilidad del poder decisorio», B. CELANO, «*Rule of Law* y particularismo ético», en P. LUQUE (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y*

3. NUEVO CONSTITUCIONALISMO

En Occidente, debido a la prioridad cronológica del *ius* romano sobre el cristianismo[18], el derecho ha jugado un rol central que en otros lugares ha cumplido la religión o la costumbre. En particular, la determinación de los valores ha sido confiada, inicialmente, a una clase de juristas (Estado jurisdiccional), luego, tras la Revolución francesa, al legislador democrático (Estado legislativo), finalmente, después de Auschwitz, a constituyentes, legisladores y jueces, sean ordinarios o constitucionales (Estado constitucional). «Nuevo constitucionalismo» designa precisamente a las instituciones de esta última forma de Estado, instituciones a no confundir con el neoconstitucionalismo, de las que representa su teoría[19].

Después de la Segunda Guerra Mundial, con base en el modelo de la Constitución federal estadounidense, han empezado a difundirse las sucesivas instituciones constitucionales. Ante todo, constituciones rígidas y más o menos «extensas», con declaraciones de los derechos que a menudo se extienden a derechos sociales y de otros tipos. Luego, distintas formas de control de constitucionalidad: *judicial review*, control concentrado, recurso directo o *amparo*. Finalmente, por efecto de tales instituciones, el derecho se ha «constitucionalizado»: por medio de la interpretación constitucional, los principios se han «irradiado» a todo el cuerpo del derecho[20].

Se podría dudar que el *new constitutionalism* posbélico representa una novedad absoluta. Rafa ESCUDERO, por ejemplo, ha destacado importantes precedentes prebélicos[21]. No obstante, dos aspectos pueden considerarse nuevos: la aceptación, después de Auschwitz, de la tradición liberal de los derechos por parte de las tradiciones cristiana y socialista, hasta entonces hostiles y la transformación de las declaraciones de los derechos en documentos jurídicos, aplicables por jueces constitucionales u ordinarios[22]. Ciertamente, se trata de documentos jurídicos bien extraños, que en lugar de determinar los valores éticos en reglas, parecen limitarse a reformularlos en principios igualmente indeterminados.

En efecto, si solo fuese por las declaraciones de los derechos, el nuevo constitucionalismo solo parecería un tropiezo en el proceso de determinación de los valores éticos en reglas jurídicas. Sin embargo, los principios del nuevo constitucionalismo son determinados por las Cortes supremas, constitucionales e internacionales, a través de la denominada interpretación constitucional: técnicas como el balance (*Abwägung*

---

filosofía moral, Madrid, Marcial Pons, 2015, especialmente 167-176; en términos de «premisa institucional», T. ENDYCOTT, «Proportionality and Incommensurability», *Legal Research Paper Series* n. 40/2012, University of Oxford, en s*rn.com/abstract=2086622,* 17.

[18] *Cfr.* M. BARBERIS, «Libertà religiosa», en *Ragion pratica,* 40/1, 2013, 175-189.

[19] *Cfr.*, al menos, P. COMANDUCCI, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, y M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Módena, Mucchi, 2013.

[20] «Constitucionalización» e «irradiación» son expresiones usadas, respectivamente, por Riccardo GUASTINI y Robert ALEXY.

[21] *Cfr.* R. ESCUDERO, *Las huellas del neoconstitucionalismo. Democracia, participación y justicia social en la Constitución española de 1931*, inédito.

[22] *Cfr.* R. CUBEDDU, «Dai diritti naturali ai diritti umani», en F. SCIACCA (coord.), *La libertà in Occidente*, Soveria Mannelli (Cz), Rubbettino, 2011, 9-39 y muchos trabajos de Michel TROPER, a partir de los ensayos recogidos en *id.*, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, 2001.

balancing) y los tests de proporcionalidad (3.4 y 4.3.3). Por otra parte, de tales principios constitucionales resultan predicables las mismas características que el pluralismo atribuye a los valores: objetividad, pluralidad, conflictividad, inconmensurabilidad, indeterminación.

3.1. ¿Principios constitucionales objetivos?

Las constituciones y declaraciones de los derechos posbélicos se presentan como tablas de los valores; piénsese solo en el *Tratado de Niza* (2001) y en su sistemática, denominada precisamente «por valores». La jurisprudencia constitucional usa tales documentos como un menú tendencialmente completo del que extraer principios para cada caso que pueda presentarse; principios tanto explícitos, es decir, expresamente formulados en el documento, pero también implícitos, reconstruidos por los propios intérpretes. A unos u otros, según qué prevalezca o no en el balance, se atribuye luego carácter fundamental, supremo o último[23].

En la famosa sentencia LUTH (1958) del Tribunal constitucional alemán, este menú de principios es caracterizado como un «orden objetivo de valores», pero «orden» y «objetivo» ¿en qué sentido? Los principios forman un orden en tanto que *indivisibles*, como en el Preámbulo del Tratado: «La Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad». Es decir, que gran parte de las jurisprudencias constitucionales cree que los principios, lejos del constituir un mero conjunto identificado extensionalmente por sus componentes, forman un sistema identificado intensionalmente por las relaciones entre tales componentes[24].

Dice por ejemplo la Corte constitucional italiana en la decisión 85/2013, sobre el denominado caso Ilva, reenviando a la anterior sentencia 264/2012: «Todos los derechos fundamentales tutelados por la Constitución se encuentran en relación de integración recíproca [...] La tutela debe ser siempre "sistémica y no fraccionada en una serie de normas no coordinadas y en potencial conflicto entre ellas"». Dicho de otro modo, el nuevo constitucionalismo parece mediar entre la retórica monista y la retórica pluralista recogiendo la tradicional idea jurídica de sistema: los posibles conflictos entre principios constitucionales se remedian mediante una interpretación sistemática.

Así, el orden de los principios es objetivo por una razón localizable, en su forma más clara, en Robert ALEXY, máximo apologeta del *new costitutionalism* y el mayor teórico neoconstitucionalista. Los valores se vuelven objetivos en tanto que extraídos de juicios de valor subjetivos mediante procesos de abstracción que los hacen cada vez más indeterminados[25] (*cfr.* 2.1). Como para los valores, según CELANO, pero en un

---

[23] *Cfr.* P. FARAGUNA, A. *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milán, Angeli, 2015.

[24] *Cfr. www.cortecostituzionale.it.* A favor de una perspectiva sistemática, *cfr.* M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, en *www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni/seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf,* en particular, 9-10; en contra, R. GUASTINI, «I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana», inédito, 19-20, n. 43.

[25] Así R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1994), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 555-559.

proceso que se desarrolla también desde lo bajo, y no solo desde lo alto, el máximo de objetividad de los principios constitucionales se obtiene al precio de la máxima indeterminación.

3.2. ¿Principios constitucionales plurales?

Si solo se atendiese a los documentos constitucionales, las declaraciones de los derechos del nuevo constitucionalismo podrían parecer monistas o pluralistas. Piénsese aún en el Tratado de Niza, que inicia con un principio fundamental, la dignidad humana, pero luego adopta una sistemática «por valores» que pone a todos los principios sobre el mismo plano. En realidad, el tenor literal del texto es menos importante que su interpretación, a propósito de la cual se opone, a veces, una perspectiva *dignitarian* europea y latino-americana, más monista y holista, y una *libertarian* norteamericana, más pluralista e individualista[26].

En realidad, estas dos perspectivas solo parecen diversos *mix* de aplicación deductiva (*categorical approach*), privilegiada por los *justices* norteamericanos, y de balance, preferido por los jueces continentales[27]. Como ya hemos señalado, en la retórica del *new constitutionalism* se combina monismo y pluralismo, coherentismo y conflictualismo. Leemos aún la decisión 85/2013 de la Corte constitucional italiana, que en pocas líneas reformula muchos de estos elementos en términos de cuatro fórmulas mágicas del nuevo constitucionalismo: balance, proporcionalidad, razonabilidad y núcleo esencial de los derechos.

> La Constitución italiana, como las otras Constituciones democráticas y pluralistas contemporáneas, exige un continuo y recíproco balance entre principios y derechos fundamentales, sin pretensiones de absolutismo por ninguno de ellos [...]. El punto de equilibrio, precisamente porque dinámico y no prefijado por anticipado, debe ser valorado por el legislador en el establecimiento de las normas, y por el juez de las leyes en el ámbito del control, según criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tales de no permitir un sacrificio de su núcleo esencial.

3.3. ¿Principios constitucionales conflictivos?

Los juristas han estado siempre esquizofrénicamente divididos entre una teoría coherentista del sistema jurídico y una práctica conflictualista de la solución de las antinomias. *Prima facie*, el *derecho*, el conjunto de los materiales jurídicos, es antinómico; *all things considered*, después de su sistematización por parte de los juristas, se vuelve un *sistema jurídico* más o menos coherente[28]. En el caso de los principios constitucio-

---

[26] Así, M. A. Glendon, «Rights Babel. Thoughts on Approaching 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights», en *Gregorianum,* 79, 4, 1998, 611-624; *cfr.* también C. M. McCrudden, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», en *The European Journal of International Law*, 19, 4, 2008, 655-724.

[27] *Cfr.* M. Rosenfeld, «Constitutional Adjudication in Europe and United States: Paradoxes and Contrasts», en *I•Con,* 2004, 2/4, 633-668.

[28] Me permito reenviar al capítulo cuarto de mi *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

nales, la posibilidad de conflictos aumenta exponencialmente con el alargamiento de las constituciones y la inflación de los derechos; más principios se suman al menú, más conflictos son posibles.

Las constituciones del nuevo constitucionalismo tienden a la plenitud, pretenden abarcar, explícita o implícitamente, todos los valores presentes en sociedades pluralistas. Plenitud y coherencia, sin embargo, son a su vez ideales conflictivos, la búsqueda de uno ocurre en detrimento del otro. El balance, aunque sea la solución estándar del conflicto entre principios, no inmuniza ciertamente de la incoherencia, pero puede reducirla al máximo. Al respecto, Alexy distingue dos modelos del balance: uno crítico, denominado de la decisión (*Dezisionmodell*), y uno apologético, denominado de la justificación (*Begrundungsmodell*)[29].

Se trata de modelos también en el sentido que, de un lado, un mismo balance puede ser representado de ambos modos; del otro, distintos balances, realizados por diferentes cortes, pueden corresponder más a uno o al otro (*cfr.* 4.3.3.2). Aquí, en seguida, indico brevemente tres puntos discutidos por los defensores de los dos modelos, mostrando cómo el modelo de la justificación es más explicativo que el modelo de la decisión. Los puntos controvertidos son relativos al hecho que el balance: 1) sea una elección a secas o bien una acomodación; 2) esté referido a casos concretos o más o menos abstractos; 3) determina jerarquías móviles o bien fijas.

3.3.1. En cuanto a la *elección a secas o una acomodación*, muchas sentencias parecen realizar una elección a secas a partir de un único valor-principio: piénsese en la aplicación del principio de igualdad hecha por la Corte Suprema estadounidense en *Brown vs. Board of Education* (1954). Otras veces, en decisiones sobre el aborto, como *Roe vs. Wade* (1973) de la misma Corte Suprema, y como la sentencia 27/1975 de la Corte constitucional italiana, se declara más o menos expresamente acomodar principios conflictivos: en el primer caso, el interés estatal a la salud y el derecho a la *privacy* de la madre; en el segundo, el derecho a la vida del concebido y el derecho a la salud de la mujer[30].

3.3.2. En cuanto a *decisiones en abstracto y en concreto*, las Cortes siempre deciden, por definición, caso por caso; sin embargo, por el control de constitucionalidad, «caso» puede significar caso concreto o bien más o menos abstracto, según el tipo de control. En el *amparo*, o recurso directo, el caso es concreto; en el control de constitucionalidad concentrado es abstracto; en el *judicial review* puede ser concreto o bien más o menos abstracto. Por otro lado, también un caso concreto es *tal* caso en tanto que identificado en términos abstractos[31]; en todo caso, también de una decisión concreta se pueden abstraer reglas más o menos abstractas o principios más o menos genéricos

---

[29] *Cfr.* R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, trad. it. cit., 182-197. Según M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge U.P., 2013, el nuevo constitucionalismo global reemplazaría la cultura de la autoridad por una cultura de la justificación.

[30] Para una crítica a la formulación de *Roe*, *cfr.* G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, Il Mulino, 2013, 62-64.

[31] Una conducta concreta constituye homicidio, corrupción, ruptura de una promesa solo en relación con los conceptos abstractos correspondientes: *cfr.* B. CELANO, «True Exceptions: Defeasibility and Particularism», en J. FERRER BELTRÁN y G. B. RATTI (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford U. P., 2012, 280, n. 36.

3.3.3. En cuanto a *jerarquías móviles o fijas*, las decisiones judiciales *uti singulae* producen jerarquías móviles, variables sea de caso concreto a caso concreto, sea de caso abstracto a caso abstracto. *Uti universae*, en cambio, las decisiones producen jerarquías ciertamente no fijas pero, a menudo, relativamente estables. Parece admitirlo también Riccardo GUASTINI, principal partidario de la movilidad de las jerarquías, cuando afirma que en el balance no prevalecen los principios supremos sino que se vuelven supremos los principios que prevalecen[32]. En efecto, la solución de todos los posibles conflictos no podría ser prevista por el constituyente *ex ante*, solo puede ser establecida por los jueces *ex post*.

3.4. ¿Principios jurídicos inconmensurables?

En un famoso ensayo, el primer partidario del modelo de la decisión, Carl SCHMITT, acusó al Tribunal constitucional alemán de querer «hacer conmensurable lo inconmensurable»[33]. Pero esto es cuanto han hecho siempre los jueces ordinarios, mucho antes que los jueces constitucionales, y en materias paradigmáticamente jurídicas como la responsabilidad civil y penal. Los jueces siempre han sido llamados a conmensurar valores inconmensurables, tanto en el sentido fuerte de incomparables como en el sentido débil de carentes de una medida común (*cfr.* 2.4), como la vida, el honor, la propiedad[34]. El problema no es, entonces, la conmensuración sino los criterios con base en los que sucede.

Si los valores son inconmensurables, entonces no pueden ser conmensurados simplemente cuantificándolos como proponen los utilitaristas en filosofía moral pero también teóricos del balance como ALEXY. Después de todo, balanza, ponderación y peso de los principios son solo metáforas, aplicadas a bienes que no pueden, literalmente, pesarse, medirse y balancearse. De los propios test de legitimidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, empleado por los jueces continentales para expresar los pasos del balance[35], veremos que solo el segundo —la idoneidad— se presta a valoraciones objetivas, de racionalidad instrumental, medio-fin.

El balance de las razones *en pro y en contra* de una cierta conducta de acción es considerado hoy la forma general del razonamiento práctico, respecto al cual el razonamiento jurídico, *norm-* o *rule-based*, solo constituye el caso particular[36]. El balance

---

[32] *Cfr.* en particular R. GUASTINI, «Gerarchie normative», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 463-487, e *id.*, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, 124-125, además, para una discusión del punto, J. FERRER BELTRÁN y J. L. RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos,* Madrid, Marcial Pons, 2011, 143-146.

[33] Así, C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte* (1967), trad. it. *La tirannia dei valori*, Roma, Pellicani, 1987, 30. Cabe recordar que el denominado decisionismo schmittiano deriva de una radicalización de las tesis antiformalistas sostenidas en su juventud *Gesetz und Urteil* (1912).

[34] Lo recuerda T. ENDYCOTT, *Proportionality and Incommensurability, op. cit.,* 14.

[35] Así, M. COHEN ELYIA y I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, *op. cit.,* 16-23. Sobre el tema, *cfr.* también A. BARAK, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge U. P., 2012.

[36] Así, según el modelo a dos niveles del razonamiento práctico, propuesto por J. RAZ, *Practical Reason and Norms* (1979), Oxford, Oxford U. P., 1990, retomado por F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon, 1991 y también acogido por M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

de los principios, típico del nuevo constitucionalismo, representa un caso particular del caso particular o, si se quiere, un retorno al caso general. En el caso de los balances libertad-seguridad, es el ejecutivo el llamado a tomar medidas de emergencia, bajo el control inmediato del legislativo, y el sucesivo control judicial.

Aquí se puede hablar de balance en otro sentido, no deliberativo sino institucional, en el sentido de los *checks and balances* entre poderes. En abstracto, hay tres modelos de gestión de la emergencia: uno basado en los plenos poderes del ejecutivo, el otro en el respeto absoluto de las libertades constitucionales y el tercero, precisamente, en los *checks and balances* entre los tres poderes del Estado[37]. El nuevo constitucionalismo adopta el tercer modelo, en el que puede tocarles a los jueces controlar los balances libertad-seguridad realizado por los otros poderes. Es aquí, como veremos en las secciones conclusivas (apartados 4 y 5), que se replantean los problemas de inconmensurabilidad entre valores—principios en juego.

3.5. ¿Principios jurídicos indeterminados?

La indeterminación de los principios, como la de los valores, podría entenderse como el conjunto de los rasgos considerados hasta ahora, o bien como un rasgo ulterior: la genericidad[38]. Esta es, a menudo, confundida con la vaguedad, es decir, con el halo de incertidumbre que circunda la denotación de cada término, haciendo dudoso si incluye o no a un objeto. En los significados genéricos, en cambio, no surgen dudas de este tipo: principios genéricos, formulados en términos de justicia, dignidad, utilidad, seguridad, pueden aplicarse virtualmente a cualquier caso. Un sistema constitucional formulado «por principios» puede, pues, aspirar realmente a la plenitud.

El problema es que, mientras que un caso solo esté regulado genéricamente, no sabemos *cómo* está regulado; para saberlo, hace falta especificar los principios en reglas. Para cumplir con su función, determinar los valores éticos, el derecho debe estar formado sobre todo por reglas, no solo por principios; una declaración de derechos humanos, en sí misma, es aún un documento moral. Sin embargo, como ha mostrado Cass SUNSTEIN, en la formulación de constituciones para sociedades pluralistas, los denominados acuerdos no teorizados pueden alcanzarse en dos modos, que muestran cómo las reglas y los principios pueden ser usados para el mismo objetivo: maximizar el acuerdo y minimizar el desacuerdo[39].

A veces los constituyentes encuentran el acuerdo sobre una regla abstracta, de la que deducir decisiones judiciales concretas, dejando indeterminado el principio que la justifica, sobre el que podría haber desacuerdo. Más a menudo, en cambio, los constituyentes encuentran el acuerdo sobre un principio genérico, dejando así a los legisladores la especificación de reglas abstractas, y a los gobernantes y a los jueces la

---

[37] *Cfr.* M. ROSENFELD, «Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Different Approaches to the War on Terror», *Cardozo Legal Studies Research Paper* núm. 119, 1 de abril de 2006, en: *ssrn.com/abstract=729224,* 4.

[38] *Cfr.* al menos C. LUZZATI, *Príncipi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2013.

[39] *Cfr.* C. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, Oxford, Oxford U. P., 2001, 49-66, reformulado aquí en términos de reglas abstractas y principios genéricos.

toma de decisiones concretas. Como vemos, pasando finalmente a las relaciones entre libertad y seguridad, estas no son dejadas solo al balance de los principios, hay también auténticas reglas como la prohibición de la tortura.

4. SEGURIDAD Y LIBERTAD

Las reacciones a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, y del 13 de noviembre de 2015 en París, siguen un mismo guión, en gran parte ya escrito en el siglo XX, siglo en el que dos guerras mundiales y varios tipos de terrorismo han desplazado hacia los ejecutivos poderes sin precedentes. Que los gobiernos sean de derecha o de izquierda, que se declare o no el estado de emergencia, gobernantes en ausencia de consenso se descubren como *commanders in chief* y proclaman la «guerra al terror» (*wars on terror*) o asimétricas o híbridas, una suerte de *tertium quid* entre la auténtica guerra y la simple represión del terrorismo.

Si se tratase de una auténtica guerra, a los prisioneros de guerra se les aplicarían las garantías previstas en la Convención de Ginebra (1949). Si se tratase de simple terrorismo, a los terroristas se les aplicarían las garantías previstas en el derecho penal interno. La guerra al terror, en cambio, permite adoptar medidas extrañas al derecho, tanto internacional como interno: detenciones sin acusaciones y sin proceso de sospechosos calificados como *enemy combatants*, eventualmente también en prisiones secretas (*black holes*) en el extranjero, homicidios dirigidos (*targeted killings*) o *extraordinary renditions* de los sospechosos hacia países que practican la tortura.

Si solo se tratase de medidas excepcionales, todo ello se reconduciría a la casuística de los dilemas morales y las elecciones trágicas admitida por el pluralismo de los valores. En realidad, sobre una sola cosa concuerdan los *liberales*, defensores del Estado constitucional y de las libertades individuales, y los abogados de la emergencia, que hablan del derecho penal del enemigo (*Feindstraftrecht*) y de legalizar la tortura[40]. El terrorismo global y la guerra al terror amenazan con transformarse de situaciones excepcionales a escenarios permanentes, con el ulterior riesgo de transformar progresivamente el Estado constitucional, nacido de la victoria sobre los totalitarismos, en Estado de seguridad.

En este contexto, la metáfora de los balances entre libertad y seguridad, es a menudo un simple artificio retórico al servicio de la propaganda de los ejecutivos[41]. Sin embargo, usar este mismo vocabulario, en los modos más rigurosos sugeridos por el pluralismo de los valores y el nuevo constitucionalismo, permite ver con mayor claridad las alternativas efectivas, y hace posible plantear el cuadro constitucional dentro

---

[40] Entre los primeros, *cfr.*, al menos, B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», en *Yale Law Journal,* 113, 2004, 1029-1091 y M. ROSENFELD, «Is Judicial Balancing Appropriate in the War of Terror? Contrasting Ordinary Times, Emergencies, and Times of Stress», en *Percorsi costituzionali*, 1, 2008 (número monográfico completamente dedicado a «Libertad y seguridad»), 139-148. Entre los segundos, además de Günther JAKOBS, que ha teorizado el *Feindstraftrecht* en varias ponencias de congresos, *cfr.* A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, responding to the Challenge*, New Haven (Ct), Yale U. P., 2004.

[41] Así D. BIGO, R. B. J. WALKER *et al.* ELISE, «Liberté et securité en Europas: enjeux contemporains», en *Culture et conflits*, 61, 2006; D. BIGO *et al.* (eds.), *Europe's 21st Century Challenge: Delivering Liberty*, Farnham (Surr), Ashgate, 2010.

del que debe desarrollarse la política de la emergencia. Seguidamente se examinan, en particular, las derivaciones institucionales producidas por la guerra al terror (4.1) y las posibles respuestas, solo políticas (4.2) o también jurídicas (4.3) a tales problemas.

4.1. Derivaciones institucionales

La principal consecuencia institucional de la guerra al terror es la ulterior consolidación de los ejecutivos a costa del legislativo y del judicial, siguiendo así un proceso en curso de al menos un siglo, pero que hoy amenaza transformar el Estado constitucional en Estado de seguridad[42]. El resultado que no han producido siquiera dos guerras mundiales, concentrando en los gobiernos poderes inauditos, podría producirlo la *war on terror*: vaciar definitivamente los poderes del Parlamento y hacer vanos los remedios judiciales. Como profetizó Walter BENJAMÍN, a propósito de la república de WEIMAR, el estado de excepción puede volverse permanente[43].

No se reflexiona lo suficiente sobre cuánto hayan cambiado dos guerras mundiales los equilibrios entre los poderes del Estado, con respecto al modelo de la separación de los poderes de MONTESQUIEU. La Constitución federal de los Estados Unidos, el arquetipo del nuevo constitucionalismo, puso en equilibrio los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; fueron dos guerras mundiales las que inclinaron la balanza a favor del ejecutivo. Pero un ejemplo aún más general es la delegación a los gobiernos de gran parte de la legislación, delegación iniciada, también ella, a título de declaración de urgencia, pero que va transformando las democracias representativas en autocracias electivas[44].

El proceso de concentración de los poderes en el ejecutivo en razón de la emergencia terrorista interesa a todos los países de Occidente, hayan sido atacados o no. Los Estados Unidos tienen su *Patriot Act* (2001) y Guantánamo; Francia se propone constitucionalizar el *état d'urgence* y quitar la ciudadanía a los terroristas, como ha denunciado, al dimitir, la ministra de justicia Christiane Taubira; el Reino Unido se ha dado leyes antiterrorismo draconianas; incluso Italia se ha dado la ley Bossi-Fini sobre la inmigración (2002). Todas medidas propuestas por los gobiernos, aprobadas sin discusión por los Parlamentos, y solo parcialmente corregidas por los jueces.

El *Report 2016* de *Human Rights Watch* denuncia el vaciado de los derechos humanos y del *rule of law* cumplido por esta «política del miedo»[45]. Contra estas derivaciones, sin embargo, los partidarios de los derechos humanos solo pueden emplear dos estrategias institucionales muy débiles, justamente porque basadas sobre los poderes legislativo y judicial, uno controlado por el ejecutivo, el otro deferente hacia el ejecuti-

---

[42] Expresiones como «Security State» y «État de securité» se encuentran solo en quien denuncia el fenómeno: *cfr.*, desde los títulos, M. G. RASKIN y R. SPERO, *The Four Freedoms under Siege: the Clear and Present Danger from Our National Security State*, Westport, Praeger, 2007 y G. AGAMBEN, *De l'État de droit à l'État de Securité*, en *www.lemonde.fr*, 27 de diciembre de 2015.

[43] *Cfr.* G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.

[44] La expresión es de M. BOVERO, *Seguridad jurídica y democracia. Un perspectiva teórico-política*, en C. CRUZ MORATONES, C. FERNÁNDEZ BLANCO y J. FERRER BELTRÁN (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 49-57.

[45] Human Rights Watch, *Worldreport* 2016, Nueva York, Seven Stories, 2016.

vo y el legislativo. Una de las dos respuestas es sobre todo política, orientada a cambiar la opinión pública, los Parlamentos y los gobiernos; la otra, es predominantemente jurídica en cuanto apela sobre todo a las cortes, internas e internacionales.

4.2. Una respuesta (solo) política

El mayor representante de la respuesta *política* a las derivaciones en seguridad es el Jeremy WALDRON de *Torture, Terror and Trade-offs* (2010), colección de ensayos sobre las reacciones al 11 de septiembre. Waldron es el más conocido crítico del *judicial review*; su respuesta, por tanto, es meramente política y no judicial. No obstante, estos ensayos proveen un análisis de la seguridad y cinco argumentos contra el sacrificio de la libertad en su nombre, que deben ser considerados sea por sus méritos, sea porque resultan pertinentes en una perspectiva jurídica. En esta última perspectiva, sobre todo el primer argumento juega un papel decisivo: la no independencia de libertad y seguridad.

4.2.1. No-independencia de libertad y seguridad

En la teoría de la justicia angloamericana y en el derecho público europeo-continental, seguridad y libertad son opuestas como valores inconmensurables. La primera, es el bien público por antonomasia; la segunda, el derecho individual *par excellence*. También por esto sus relaciones son representadas en términos de balanza como un juego de suma cero: más seguridad igual menor libertad, y viceversa. Sin embargo, analizando el concepto de seguridad, como solo lo han hecho Thomas HOBBES, Jeremy BENTHAM y MONTESQUIEU, uno se percata que, lejos del ser incomparables, libertad y seguridad presentan relaciones internas, definitorias o conceptuales.

> *The idea of a trade-off between liberty and security make clearest sense if we think of liberty and security as separate values, logically independent of one another, and related in a sort of inverse way: the more liberty there is, the less security you are likely to get; the more security you want, the more liberty you're going to have to give up in order to get it. But if we find that liberty and security are not logically independent and that there are important internal relation between them, or if conceptual analysis indicates that they stand sometimes in a direct rather than in an inverse relation to one another, then talk of a trade-off will be complicated, if not undermined*[46].

WALDRON invita a concebir la seguridad como un derecho individual análogo a la libertad[47], propuesta menos innovadora de lo que podría parecer. También MONTESQUIEU definió la libertad como la opinión, nutrida por cada uno, acerca de la propia seguridad. Incluso Judith SHKLAR y WILLIAMS, pluralistas amigos de BERLIN, han de-

[46] Así J. WALDRON, *Torture, Terror and Trade-offs. Philosophy for the White House*, Oxord, Oxford U. P., 2010, 160-161. Importantes objeciones a WALDRON se encuentran en A. PINTORE, «Tortura, sicurezza e argomenti. A proposito di un libro di Jeremy Waldron», en *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, 10, 579-600.

[47] El ensayo original, *Security as Basic Right* (2009), reeditado en J. WALDRON, *Torture, Terror and Trade-Offs*, *op. cit.,* 166-185. H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, 1980, 1996, Princeton, Princeton U. P., 1996.

fendido un liberalismo del miedo (*liberalism of fear*): una concepción de la libertad como seguridad individual ante las agresiones ajenas, sea de individuos sea de Estados. La misma Convención europea sobre los derechos y libertades fundamentales (1950) asimila libertad y seguridad en el art. 5, como si se tratara de una hendíadis[48].

En efecto, sobre estas bases, algunos asimilan los dos conceptos[49]. En realidad, los campos semánticos cubiertos por los dos términos no coinciden pero se sobreponen, y precisamente en su núcleo central, esencial e irrenunciable. La libertad liberal, negativa, y la seguridad individual (*safety, sûreté*), pueden concebirse como derechos a los mismos bienes: vida, integridad física y psíquica, *hábeas corpus*, derecho a no ser torturado o, en todo caso, dañado injustamente en la persona y en los bienes. Se trata nada menos que de la primera generación de los *rights*, por tanto, del caso paradigmático e indiscutible de derechos calificados constitucionales, fundamentales y/o humanos.

Fuera de tal núcleo común, «libertad» denota también la libertad positiva y/o la autonomía individual, mientras que «seguridad» se extiende al principal bien colectivo o público asegurado por el derecho y el Estado (*security, sécurité*)[50]. Entonces, las relaciones entre los dos conceptos pueden representarse como dos círculos que se intersectan y que se sobreponen en un núcleo común de derechos individuales a la libertad-seguridad, como lo denominaré de ahora en adelante. Sin embargo, para tal núcleo común se mantiene la posibilidad de un conflicto (no *inter-rights*, sino) *intra-right*, o bien, entre los mismos derechos individuales atribuidos a sujetos diferentes (*cfr.* 4.2.3, por el argumento de la distribución).

4.2.2. Anti-consecuencialismo

En la prospectiva *libertarian* norteamericana (*cfr.* 3.2), los derechos no se ponderan, siendo vínculos absolutos a la voluntad de la mayoría; las teorías liberales de la justicia son formuladas de modo que evitan balances entre derechos individuales e intereses colectivos[51]. En la perspectiva *dignitarian* continental (*cfr.* 3.2), en cambio, no hay vínculos absolutos. Existe, sin embargo, una *presunción liberal*, como la llamaré, en la confrontación del sacrificio de derechos individuales por intereses colectivos. Libertades individuales y seguridad colectiva pueden balancearse, pero el sacrificio de

---

[48] *Cfr.* MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Garnier Flammarion, 1979, vol. I, 294: «*La liberté politique, dand un citoyen, st cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté*» (XI-VI); J. SHKLAR, *The Liberalism of Fear*, en N. ROSEMBLUM (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Cambridge (Mass.), Harvard U. P., 1989, 21-38; B. WILLIAMS, *Liberalism of Fear*, trad. it., *Il liberalismo della paura*, en *id.*, *In principio era l'azione. Realismo e moralismo nella teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2005, 63-75; sobre el art. 5 («Toute personee a droit à la liberté et à la sûreté»), *cfr.* M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2008, 194-198.

[49] *Cfr.* Th. F. POWERS, «Can We Be Secure and Free?», en *The Public Interest*, primavera 2003, 3-24.

[50] Una nominalización de los dos sentidos principales de «seguridad» podría identificarse en francés, entre la *sûreté* individual mencionada por la *Déclaration des droits del homme et du citoyen* (1789) y la *sécurité* colectiva: *cfr.* M. DELMAS-MARTY, «Dérive sécuritarire», en *Le Monde*, 26 de marzo de 2016, *Idée*s, 7. Algo análogo podría decirse también para *safety* y *security* en inglés.

[51] Por dar solo los dos ejemplos más conocidos: con el fin de evitar balances entre derechos individuales e intereses colectivos, el *libertarian* Robert NOZICK define los derechos como *side constraints*, mientras que el *liberal* John RAWLS instituye un orden lexicográfico entre derecho a la igual libertad y derechos a la redistribución.

las primeras por las segundas exige un *strict scrutiny*, es decir, justificaciones particularmente rigurosas (*cfr.* 4.3.3).

4.2.3. Distribución

Se ha dicho (*cfr.* 4.2.1) que también entre derechos a la libertad-seguridad pueden darse conflictos *intra-right* atribuidos a diversas categorías de personas: mayorías y minorías, ciudadanos y extranjeros, personas cualquiera y sospechosos de terrorismo. Después de Pearl Harbour (1941), inmigrantes y también ciudadanos estadounidenses de origen japonés fueron internados en campos de concentración sin que el Congreso o la Corte Suprema siquiera parpadeen. Las mayorías están siempre dispuestas a sacrificar por la propia seguridad los derechos individuales de las minorías, como si ello no les concerniese. Pero si la libertad es un derecho, es un derecho humano, válido igualmente para todos los seres humanos.

4.2.4. Efectos no intencionales

La tutela de la seguridad es considerada, al menos a partir de HOBBES, la función principal del Estado y del derecho. Más aún, la seguridad colectiva constituye una auténtica pre-condición para la tutela de los derechos individuales: sin Estado y sin derecho, estas estarían privadas de tutela. Sin embargo, instituciones planeadas para garantizar la libertad-seguridad individual, siempre pueden ser usadas contra ella. En tales casos, el argumento de la seguridad colectiva como pre-condición de las libertades individuales suena a pretexto, es decir, es legítimo limitar las libertades individuales pero solo si, de otro modo, realmente hubiera riesgo de disolución del Estado[52] (*cfr.* 4.3.2-3).

4.2.5. Consecuencias simbólicas

La seguridad colectiva es una cuestión de grado. Admitiendo que la restricción de libertades individuales aumenta la seguridad colectiva, lo hace en un porcentaje infinitesimal (¿del 51 al 52 por 100?)[53] tal que se revela como una medida poco más que simbólica, es decir, para alentar a los ciudadanos y aumentar su confianza en el gobierno, pero ciertamente incapaz de disuadir a terroristas dispuestos al martirio. En el mundo de la comunicación, los símbolos son importantes; para líderes políticos débiles, son decisivos. Pero con base en parámetros más rigurosos como los tests de proporcionalidad, medidas de este tipo aparecen inadecuadas para conseguir los resultados que se proponen (*cfr.* 4.3.3).

Todos los argumentos de WALDRON, y en particular él último son muy persuasivos pero presentan dos límites estructurales. De momento, son eficaces solo hasta el

---

[52] *Cfr.* Todo el ensayo *Security as Basic Right*, en J. WALDRON, *Torture, Terror and Trade-Offs*, en particular p. 168, con la alusión a los usos del argumento hechos por la Administración Bush tras el 11 de septiembre.

[53] Así, J. WALDRON, *Torture, Terror, and Trade-Offs*, *op. cit.,* 177.

próximo ataque terrorista; cuando este se produzca, aparecerán ineptos para cambiar las reacciones cuasi-pavlovianas de los gobiernos y los legislativos propensos a ellos[54]. Pero sobre todo, como se dijo al inicio, los argumentos de WALDRON no se dirigen a los sujetos institucionales que hasta ahora se han mostrado más dispuestos a acogerlos: las Cortes supremas, constitucionales e internacionales. En conclusión, la estrategia política de WALDRON se vuelve más eficaz si se dirige también a los jueces, como veremos enseguida.

4.3. Una respuesta (también) jurídica

Una respuesta jurídica a las derivaciones de seguridad puede venir del nuevo constitucionalismo[55]. Ciertamente, el *old* o *ancient constitutionalism*, ya reconocía los derechos al *hábeas corpus* en el §39 de la *Carta Magna* (1215). Sin embargo, asumía que toda la esfera del *gubernaculum* —la prerrogativa del monarca, los poderes políticos hoy pasados a los ejecutivos— no esté sometida a los mismos controles jurídicos de los que era pasible, en cambio, la esfera de la *iurisdictio*[56]. Sin embargo, la constitución federal estadounidense (1797), antepasada del *new constitutionalism*, prevé la suspensión del *hábeas corpus* por razones de *safety*[57] abriendo así el camino a los controles jurídicos.

En esta sub-sección se examinan, precisamente, los remedios provistos por el nuevo constitucionalismo a tres posibles conflictos entre libertad-seguridad individual, de un lado, y tres tipos distintos de seguridad, del otro. Ante todo, las libertades individuales pueden entrar en conflicto con la seguridad *individual*, luego con la seguridad *social*, finalmente con la seguridad *nacional*. Este último permanece como el caso paradigmático de conflicto entre libertad y seguridad, pero la posibilidad de concebir la seguridad como derecho individual y la oposición entre derechos individuales e intereses colectivos, provee un criterio para evitar balances indiscriminados.

Al conflicto se aplicará el principio de proporcionalidad, uno de los instrumentos más incisivos elaborado por el nuevo constitucionalismo global[58]. En otros términos, de las medidas limitativas de la libertad-seguridad individual tomadas en nombre de la seguridad colectiva se preguntará si responden a las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto respecto al fin que se proponen. Se dará, en cambio, por admitido que superan el primer test de legitimidad: ¿son fines consti-

---

[54] *Cfr.* E. A. POSNER y A. VERMEULEN, *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Court*, Oxford, Oxford U. P., 2007: quizás los mayores partidarios de una concentración en el ejecutivo de todos los poderes de emergencia.

[55] *Cfr.* en particular M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress*, *op. cit.*, quizás el tratamiento más sistemático del tema desde el punto de vista del nuevo constitucionalismo.

[56] La referencia es a la clásica reconstrucción de Charles MACILLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca (N. Y.), Cornell U. P., 1940.

[57] Así el art. 1, inciso 9, numeral 2: «*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it*».

[58] Elaborado por la jurisprudencia administrativa y luego constitucional alemana, es mencionado por el Conseil Constitutionnel francés en la decisión sobre el *état de urgence* del 22 de diciembre de 2015. *Cfr. Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015*, 6: «*le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure [la residencia forzosa] est adapté, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit*».

tucionalmente legítimos aquellos invocados? Es decir, se admitirá que la seguridad es siempre un fin legítimo, contemplado explícita o implícitamente en las constituciones.

4.3.1. Seguridad individual

La seguridad *individual* es el valor tutelado por el derecho, el bien jurídico por antonomasia, cuya garantía constituye la primera, principal e indispensable función del Estado. Hemos visto, en cambio, en 4.2.1, que la seguridad individual coincide, en su núcleo esencial, con la libertad individual. Es decir, los derechos de libertad-seguridad no son solo conmensurables sino que son precisamente el mismo derecho: cuando se viola la libertad individual se viola también la seguridad individual, y viceversa. Así, muchos argumentos a favor de la seguridad colectiva parecen persuasivos pero solo porque confunden la seguridad individual y la colectiva, absorbiendo la primera en la segunda.

En cambio, no se pueden excluir conflictos *inter-rigths* —entre libertad-seguridad individual y seguridad como interés colectivo y bien público— y tampoco conflictos *intra-right*, es decir, entre los *mismos* derechos a la libertad-seguridad de los que son titulares distintos individuos (*cfr.* 4.2.3). Aquí adquiere parcial legitimidad uno de los argumentos de la retórica de la seguridad: la oposición entre derechos de los autores de los atentados y derechos de sus posibles víctimas. Entonces, conflictos *intra-right* entre libertad-seguridad de personas de carne y hueso, pueden efectivamente exigir elecciones trágicas típicas del pluralismo de los valores.

Es el caso de la *ticking bomb*: ¿es lícito torturar a un terrorista para salvar vidas humanas?[59] Aplicando los tests de proporcionalidad, si la tortura se revelase *idónea* para salvar, *necesaria* a falta de otros medios menos lesivos, y *proporcional* respecto a los derechos implicados (integridad física del terrorista, vida de las posibles víctimas), ella podría resultar lícita. Se trata, sin embargo, como se ha señalado a menudo, de una hipótesis de escuela. En efecto, precisamente para excluir todo balance de este tipo, la Convención de 1984 prohíbe absolutamente la tortura, es decir, sin alguna posible excepción[60].

4.3.2. Seguridad social

«Seguridad» es también usada para la seguridad *social*: interés colectivo o bien público tutelado sobre todo por las versiones continentales del *new constitutionalism*. La seguridad social es, a menudo, garantizada por las declaraciones de los derechos atribuyendo a individuos o a categorías de sujetos derechos denominados sociales, es decir, a servicios por parte de la colectividad: salud, previsiones, asistencia, a veces

---

[59] Sobre la cuestión *cfr.*, al menos, M. La Torre y M. Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013, y por último, M. Lalatta Costerbosa (coord.), «Il silenzio della tortura», parte monográfica de la *Rivista di filosofia del diritto*, 2015/2.

[60] *Cfr.* el tenor literal de la disposición (art. 2.2 de la *Convention against Torture* [...], UNTS, 1984, vol. 1465, 85): «*No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture*».

renta mínima, otras veces casa o trabajo. La seguridad social sería extraña al tema de este ensayo si no presentase cuatro analogías con la seguridad nacional, la *primera* de ellas, la ambigüedad individual/colectivo.

En algunos casos, «derechos sociales» indica verdaderos y propios derechos individuales, atribuidos por principios regulativos y, por tanto, justiciables como si fuesen atribuidos por reglas. En este sentido, si tengo un derecho a la salud debo ser curado, y puedo dirigirme a un juez para conseguirlo, precisamente como para cualquier otro derecho individual. En otros casos, en cambio, los derechos sociales son simples intereses colectivos, atribuidos por principios directivos, es decir, no justiciables sino que solo se actúan por parte del legislador. Es el caso del denominado derecho al trabajo que indica, a lo sumo, el objetivo del pleno empleo[61].

El s*egundo* aspecto común es que la seguridad, social y nacional, es cuestión de grado: su mayor o menor tutela depende de la política, no del derecho. El *tercer* aspecto es que ambas justifican la (auto)atribución a los gobiernos de poderes excepcionales: la seguridad nacional justificó la suspensión del *Hábeas corpus* por parte de Abraham LINCOLN durante la Guerra de Secesión, la seguridad social justificó el *Nuevo Deal* de Franklin D. ROOSVELT después de la Gran Depresión. El *cuarto* y más importante aspecto común, es que ambas pueden prevalecer sobre la libertad-seguridad individual como pre-condición de ella pero, cuidado, solo hasta donde la propia pre-condición corra el riesgo de verse afectada.

Es cierto que por debajo de un nivel mínimo de seguridad, social o nacional, la tutela de cualquier derecho se haría imposible. Pero en cualquier otra situación menos extrema, distinta de la caída de la población por debajo del nivel de supervivencia o de la disolución del Estado[62], la tutela de la seguridad colectiva permanece como una condición solo necesaria, no suficiente, de la tutela de los derechos individuales[63]. En suma, para sacrificar libertades-seguridades individuales al interés colectivo a la seguridad, superando la presunción liberal (*cfr.* 4.2.2) a favor de los derechos individuales, hace falta mostrar que, de otro modo, se corre el riesgo del hambre o de la anarquía.

4.3.3. Seguridad nacional

Finalmente, la seguridad *nacional* (pero también internacional o global) es el interés colectivo más invocado para limitar la libertad-seguridad. Sin embargo, para poner la cuestión sobre el terreno constitucional, en términos de principios sujetos a balance por parte de cortes supremas, constitucionales o internacionales, es necesario afrontar primero una suerte de *trilema de la seguridad*. O la seguridad nacional es solo un valor

---

[61] Esta diferencia estructural se advierte en L. FERRAJOLI, *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis* (2013), trad. cast. Madrid, Trotta, 2015. Similares distinciones son trazadas por Ronald DWORKIN entre *principles* y *policies*, y por Manolo ATIENZA y Juan RUIZ MANERO entre *principios* y *directrices*.

[62] Es este el muy fuerte argumento, usado por Lord HOFFMAN en A/FC, *et al.* V. *Secretary of for the Home Department* (2004), UKHL56 (House of Lord), uno de los más famosos procesos británicos por terrorismo, § 96: «*Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institution of government or our existence as a civil community*».

[63] Así, en términos de condiciones necesarias y suficientes, B. WILLIAMS, «Realism and Moralism in Political Argument», trad. it. «Realismo e moralismo in teoria politica», en *id., In principio era l'azione*, *op. cit.,* 6.

político o militar ajeno al derecho, o es siempre un principio jurídico, tan absoluto que obliga a los jueces a hacerlo prevalecer sobre cualquier otro principio, o bien es solo uno entre otros principios supremos, ponderable con otros.

4.3.3.1. Ante todo, la seguridad nacional podría considerarse un valor pre-constitucional sustraído a cualquier balance con principios constitucionales. Así podría interpretarse el venerable *salus reipublicae suprema lex esto*, la distinción paleo-constitucionalista *gubernaculum/iurisdictio*, las diversas *doctrinas* judiciales de la *political question*, o la doctrina de la soberanía de SCHMIT como decisión sobre el estado de excepción. El punto es, en cambio, que si la cuestión del conflicto entre seguridad nacional y principios constitucionales es, de hecho, llevada ante un juez, deberá encontrar respuesta en términos constitucionales, pasando así al segundo cuerno del trilema.

4.3.3.2. La seguridad nacional podría considerarse entonces un principio constitucional pero que siempre prevalece sobre otros principios constitucionales. Así podría interpretarse «*lex*» en *salus reipublicae*, la distinción paleo-constitucionalista *gubernaculum/iurisdictio*, la *doctrina* de la *political question*, la propia doctrina schmittiana: la seguridad nacional no sería *un* sino *el* principio constitucional supremo que prevalece siempre sobre todos los otros. Jueces internos más deferentes hacia los ejecutivos nacionales a menudo contestan precisamente así: la seguridad nacional prevalece sin más, sin consideraciones de otros principios jurídicos.

Piénsese en el caso El-Masri, ciudadano alemán de origen libanés, arrestado por error en Macedonia, remitido a los servicios secretos estadounidenses, llevado a Afganistán y torturado, y finalmente puesto en libertad; las cortes estadounidenses han rechazado sus recursos, y la Corte Suprema ha rechazado ocuparse de su caso. O bien el caso Abu Omar, imán sospechoso de terrorismo secuestrado en Milán por los servicios estadounidenses e italianos, torturado en Egipto; aquí los jueces ordinarios quisieron indagar pero la Corte constitucional los obstaculizó. En ambos casos, las razones de los malaventurados solo han sido reconocidas por la Corte europea de los derechos del hombre (*cfr.* 4.3.3.3).

Una teoría realista de la interpretación constitucional, que admita el carácter supremo de los principios predominantes en el balance (*cfr.* 3.4) debería llegar justamente a esta conclusión a partir de las decisiones de los jueces internos. Evidentemente, tenemos un candidato mejor que la dignidad humana para el rango de único principio supremo o de principio supraconstitucional: la seguridad colectiva (nacional, internacional, global)[64]. Pero quizás, como veremos enseguida, para establecer jerarquías axiológicas más confiables entre los principios constitucionales es necesario considerar también los balances realizados por los jueces internacionales.

4.3.3.3. La seguridad nacional, finalmente, puede considerarse un principio no más supremo que otros y, de hecho, sujeto a balances, a secas o con armonizaciones, con los derechos de libertad-seguridad[65]. Con la transformación del terrorismo inter-

[64] *Cfr.* G. CERINA FERONI y G. MORBIDELLI, «La sicurezza: un valore superprimario», en *Percorsi costituzionali*, 2008, 1, 31-44, con las críticas de A. VEDASCHI, «Has the Balancing of Rights Given Way to a Hierarchy of Values?», en *Comparative Law Review*, 1, 2010, 1-40.

[65] *Cfr.* M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress*, *op. cit.,* y A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism*: Arcana Imperii *and* Salus Reipublicae (2015, inédito).

nacional en fenómeno casi fisiológico, ya las cortes internas, más deferentes hacia el ejecutivo y/o hacia el legislativo controlado por el primero, parecen menos dispuestas a conceder «cheques en blanco» a los gobiernos[66] y a reconsiderar las relaciones libertad-seguridad. Pero esta tendencia aparece aún más clara en la jurisprudencia de las cortes internacionales que no tienen razones de deferencia hacia los ejecutivos nacionales.

Una teoría realista de la interpretación constitucional podría llegar precisamente a esta conclusión a partir de las dos decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre en los casos El-Masri y Abu Omar. La sentencia *El-Masri* (2012) ha condenado a Macedonia, miembro del Consejo de Europa, por las torturas padecidas por el El-Masri por parte de los servicios de los EEUU, país ajeno al Consejo[67]. Análogamente, la muy reciente sentencia *Nasr et Ghali* (2016) ha condenado a Italia, quizás no por las torturas padecidas por Abu Omar en Egipto sino por la connivencia mostrada por las autoridades supremas republicanas hacia los servicios ocultos aliados[68].

Esta conclusión, sin embargo, sería solo aparentemente realista. En efecto, las decisiones de las Cortes internacionales solo vinculan a los países firmantes de los tratados y tienen efectos poco más que simbólicos. Solo cuando las cortes internas balancean a favor de la libertad —como ha hecho la Corte Suprema estadounidense reconociendo los derechos de *Hábeas corpus* a los extranjeros presos en Guantánamo[69]— entonces los legislativos nacionales piensan en anular los efectos de sus decisiones. En suma, los únicos jueces que producen decisiones efectivas son aquellos internos que seguirán interviniendo solo si son llamados a tales casos aunque, a lo mejor, deshaciéndose de la cuestión con el pretexto de que los controles deben ser ejercidos por los Parlamentos[70].

Sin embargo, si se admite, en los términos del tercer cuerno del dilema, que estos problemas deben encontrar soluciones constitucionales balanceadas, respetuosas de todos los valores en juego, no se puede rehuir de las siguientes interrogantes, formuladas en términos de proporcionalidad. ¿Restringir libertad y seguridad individual es siempre *idóneo* para incrementar la seguridad de los Estados? ¿Es siempre *necesario*, no sustituible con medidas menos lesivas? ¿Es, finalmente, siempre *proporcionado* respecto a los derechos humanos o bien vale la presunción liberal contra el sacrificio de derechos individuales a intereses colectivos? Para un jurista, estas deberían ser preguntas retóricas.

---

[66] La metáfora es usada por el juez de la Corte Suprema Sandra Day O' CONNOR en el caso *Hamdi v. Rumsfeld* (2004): «*A state of war is not a blank check for the president when it comes to the rights of the nation's citizens*».

[67] Así EctHR, Grand Chambre, *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13 de diciembre de 2012, disponible *enm hudoc.echr.coe.int,* que habla también de un derecho a la verdad: *cfr.* A. VEDASCHI, *Globalization of Human Rights and Mutual Influence between Courts. The Innovative Reverse Path of the Right to the Truth*, en S. SHEETRET (ed.), *The Culture of Judicial Independence. Rule of Law and World Peace*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2016, 107-133.

[68] Así ECHR, Quatrième Section, *Nasr et Ghali (Abu Omar) v. Italia*, 23.2.2016, igualmente en *hudoc. echr.coe.int.*

[69] Pienso particularmente en *Rasul v. Bush* 542 U. S. 466 (2004), a pesar del *dissenting opinion* del fallecido Antonin SCALIA.

[70] Como lo destaca, proveyendo una amplia casuística, A. VEDASCHI, *Has the Balancing of Rights*, *op. cit.,* 23-24.

5. CONCLUSIÓN

Entonces, los pretendidos balances entre libertad y seguridad se reducen a muy poco. Los derechos *individuales* a la libertad-seguridad se atemperan entre sí, pero respetando prohibiciones absolutas como aquella contra la tortura. El interés *colectivo* a la seguridad nacional es ciertamente tutelado pero, si hay límites constitucionales al arbitrio de los gobiernos, entonces los derechos de libertad-seguridad individuales no pueden ser sacrificados a un interés colectivo en formas no idóneas, no necesarias y desproporcionadas al logro del objetivo. No pueden porque no se debe pero, más aún, porque no sirve. A menudo, serviría más silbar en la oscuridad esperando que pase la noche.

IMPULSOS Y RAZONES EN EL DERECHO PENAL. HACIA UNA TEORÍA DUALISTA DE LAS EMOCIONES*

María Laura Manrique**

CONICET, Argentina

laura.manrique@conicet.gov.ar

RESUMEN. En este trabajo defiendo una teoría dual de las emociones. Mi objetivo es mostrar que las teorías mecanicistas y cognitivas (o cognitivas evaluativas) no son rivales. Utilizo el esquema de VON WRIGHT para la relación entre mente y materia para sostener que estas teorías resuelven diferentes niveles o ámbitos de prioridades (epistémico, causal y semántico). Finalmente, subrayo que hay dos diferentes criterios para medir la *intensidad* de una emoción y ello puede utilizarse para explicar por qué en ocasiones las conductas emocionales agravan la pena y en otras las disminuyen.

Palabras claves: emociones, acción, derecho penal.

Impulses and Reasons in Criminal Law. Through a dualistic theory of emotions

ABSTRACT. In this paper I defend a dual theory of emotions. My main purpose is to show that mechanistic and cognitivist (or cognotivistic-evaluative) theories are not in opposition. VON WRIGHT's conception of the relationship between mind and matter is used to claim that these theories solve different areas of priorities (epistemic, causal and semantic). Finally, I underline that there are two different criteria to measure the *intensity* of an emotion. This distinction could be used to explain the reason why emotions sometimes render punishment more severe and others less.

Keywords: emotions, action, criminal law.

---

* Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2015.

** Agradezco las sugerencias y comentarios de dos evaluadores anónimos. También agradezco las sugerencias de los asistentes al seminario de Argumentación Jurídica del Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) donde discutí una versión anterior de este trabajo. En particular agradezco a Juan Antonio CRUZ PARCERO, Pau LUQUE, Amalia AMAYA, Francisca POU, María Paula ZAFÓN, Juan BERTOMEU, Alberto PUPPO, Raimundo GAMA y Pablo NAVARRO sus útiles sugerencias. Por último, agradezco a Belén GULLI los cambios y sugerencias editoriales.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.15

1. INTRODUCCIÓN

Las emociones juegan un papel decisivo en la vida de los individuos. Ellas se reflejan una y otra vez en nuestros actos, puntos de vista y carácter; al igual que las creencias y las intenciones, las emociones tiñen de perspectiva y subjetividad al modo en que los agentes juegan en la compleja trama de la interacción social. Por ejemplo, en una conocida tragedia de Shakespeare, uno de sus protagonistas principales, Yago, manipula una tensa situación social; su conducta está determinada por la *ira* y el *resentimiento* que siente hacia sus colegas (Casio, Rodrigo, etc.). De ese modo, él urde una trama en la que los *celos* conducen a Otelo a estrangular a Desdémona. En este contexto, las emociones juegan un papel central y comprendemos acabadamente esa situación caracterizada por Shakespeare porque esas emociones en las que se basa el relato son familiares; son rasgos usuales que, con frecuencia, acompañan nuestro comportamiento. Por ello, también somos capaces de *evaluar* la conducta de Yago y de Otelo (*e. g.*, sentir cólera o compasión), como una suerte de proyección de nuestras propias expectativas de conducta en situaciones similares[1].

A pesar de su importancia y a diferencia de las intenciones y las creencias, las emociones han sido sistemáticamente descuidadas en la teoría jurídica. Probablemente, esta desatención tenga que ver con el hecho de que las emociones son el objeto propio de otras disciplinas específicas (*e. g.*, psicología) y de allí podría surgir la impresión de que no corresponde al jurista lidiar con esos problemas. Pero, aunque fuese verdad que las investigaciones empíricas sobre las emociones son el patrimonio específico de otras disciplinas, ello no debería impedir avanzar sobre importantes cuestiones conceptuales y normativas que subyacen a la conexión entre emociones y la atribución de responsabilidad moral y jurídica. Después de todo, si las emociones ocupan un lugar central en nuestras vidas, también tendrán incidencia en el modo en que se cometen los delitos y en su consecuente responsabilidad.

Las emociones poseen diferentes ámbitos de impacto en el derecho. Por ejemplo, podría considerarse el papel que las reacciones emocionales de las víctimas y ciudadanos juegan al momento de castigar ciertos crímenes, así como también el modo en que las emociones determinan a un agente en la ejecución de una conducta disvaliosa. Ambas perspectivas, que podrían ser respectivamente denominadas como «respuestas emocionales» y «acciones emocionales», son de indudable relevancia, pero —como señala Victor TADROSS (2004: 67, 332)

> no parece que pueda lograrse demasiado progreso en la determinación del alcance de la responsabilidad penal mediante la consideración de la emociones en el contexto del castigo. Eso sería poner la carreta delante de los caballos.

Por ello, en este trabajo no abordaré el primer grupo de cuestiones (*e. g.*, las respuestas emocionales) y me limitaré a explorar la conexión entre *acciones emocionales* y la responsabilidad penal. Sin embargo, dar lugar a las emociones en la responsabilidad penal genera un problema ya que, por una parte, en algunas ocasiones las acciones emocionales son consideradas como un acontecimiento incontrolable para el agente

[1] Sobre la conexión entre *Otelo* y emociones *vid.*, por ejemplo, ELSTER, 1998: 109; SCHIMILL, 2010.

mientras que, por otra parte, en ciertas circunstancias las emociones agravan el modo en que se ejecuta una conducta disvaliosa. Esta doble faceta de las emociones sugiere que ellas son: i) *impulsos* que el agente no puede resistir, que mecánicamente conducen a un resultado penalmente típico, pero también ii) que las emociones integran el conjunto de *razones* que determinan la conducta del agente y que, por consiguiente, el agente puede razonablemente controlar.

Mientras que los enfoques clásicos de las emociones (genéricamente denominados *teorías mecanicistas*) subrayan la tensión entre razón y pasión, las concepciones contemporáneas (genéricamente denominadas teorías *cognitivo-evaluativas*) arrojan luz sobre el modo en que las emociones pueden ser racionalizadas y formar parte de nuestras razones para la acción. En gran medida, el debate filosófico sobre las emociones gira en torno a los argumentos para establecer una *prioridad* de una concepción sobre su rival. En este sentido, la controversia gira en una suerte de disputa a «todo o nada». Sin embargo, como intentaré mostrar en este trabajo, esta presentación del debate se construye sobre una falsa antinomia. Más bien, es necesario discriminar entre diversas relaciones de prioridad (*i. e.*, epistémica, causal y semántica) y ello sirve para disipar la imagen de una oposición completa y radical entre teorías mecanicistas y cognitivo-evaluativas. También, trataré de mostrar algunas consecuencias específicas para el derecho penal que se derivan del reconocimiento de una teoría dual de las emociones. En particular, sostendré que en muchos diseños institucionales, donde las emociones suelen ocupar un lugar tanto para agravar como para atenuar la pena, no es que se utilicen dos teorías acerca del concepto de emoción sino que existen dos sentidos en los que hablar de *intensidad* de una emoción.

2. TEORÍAS MECANICISTAS Y TEORÍAS COGNITIVO-EVALUATIVAS

Un análisis sistemático de las emociones es todavía una asignatura pendiente en la filosofía analítica contemporánea. Así, en palabras de LYONS (1993: 1-2),

> probablemente sea cierto que en la actualidad la emoción es un tema relativamente relegado por los filósofos. Cuando se estudia, lo corriente es atender a problemas específicos a expensas de cualquier intento encaminado a mostrar cómo dichos problemas podrían estar interrelacionados o cómo los enfoques de dichos problemas podrían afectar nuestra concepción global de la naturaleza de la emoción.

En cierta medida, esta fragmentación es una consecuencia de la heterogeneidad del objeto de estudio, que abarca tanto a ciertas emociones «básicas» (*e. g.*, miedo, ira, odio, compasión, repugnancia, etc.) como también a otras de naturaleza «complejas» (*i. e.* aquellas que ejemplifican una combinación de emociones básicas). De igual modo, es usual distinguir entre «emociones primarias» que podrían ubicarse en un estadio evolutivo más primitivo (*e. g.*, comunes a todos los miembros de la especie) y las «emociones secundarias» que están asociadas a un desarrollo social o cultural (*e. g.*, admiración ante bienes culturales) (GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 75-76). Sin dudas, esta clasificación es demasiado rudimentaria para dividir de manera exhaustiva y excluyente a todo el campo emocional. Sin embargo, en la medida en que encontremos ejemplos paradigmáticos de ellas, puede servir como guía para el análisis. En lo sucesivo, me centraré en emociones básicas y dejaré de lado, salvo mención en contrario, otras

emociones que requieren de adiestramiento, desarrollo social, o logros educativos y culturales.

2.1. Teorías mecanicistas

A pesar de la carencia de enfoques sistemáticos, es posible encontrar importantes ideas defendidas a lo largo de la historia por los filósofos clásicos y modernos más importantes (ARISTÓTELES, DESCARTES, HOBBES, HUME, SPINOZA, etc.). Por ejemplo, una de la más influyente caracterización de las emociones se remonta hasta los diálogos de PLATÓN y subraya que ellas son básicamente *fuerzas* o *impulsos* que experimentan los agentes y que los guían (de manera *irracional*) a la acción. Su famosa metáfora del auriga (la razón) conduciendo un carro arrastrado por dos caballos (motivaciones y emociones) señala claramente una línea de análisis que ahora resulta clásica: la oposición entre razón y emociones[2]. Esta es una de las ideas características de las *Teorías Mecanicistas*: las emociones nos suceden; son cosas que nos ocurren, es decir, están fuera de nuestro control y por ello juegan en contra de una conducta racional (GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 49). Probablemente, ninguno de los exponentes clásicos y contemporáneos de esta concepción suscriba sin reservas un grupo común de notas definitorias[3]. En este sentido, sus propuestas reflejan solo un cierto *aire de familia*, que destacaré brevemente a continuación.

En general, las concepciones mecanicistas identifican a las emociones a partir de eventos fácticos (fisiológicos, psicológicos, etc.) específicos. Por ejemplo, para DESCARTES, las emociones están intrínsecamente ligadas a *sensaciones* de los agentes, o como ocurre en la propuesta de JAMES-LANGE, los cambios fisiológicos (corporales) son el criterio para identificar a una emoción[4]. Sin esos cambios la emoción sería simplemente algo vacío, un episodio meramente intelectual. En el ámbito del derecho penal es usual que jueces, abogados y peritos recurran a criterios similares para acreditar una determinada emoción. Así, por ejemplo, al analizar los supuestos de «emoción violenta» se utilizan expresiones tales como «alteración mnemónica», «estado crepuscular psíquico», «islotes amnésico», etc.[5]. En todos estos casos, esos cambios ocurren más allá del control racional del agente; *en un cierto sentido* él no sabe lo que hace (y de allí que sea usual también señalar que no recuerda —o no recuerda claramente— lo que hizo).

Especial interés en el amplio campo de las versiones mecanicistas merecen la versión psicologista defendida por David HUME en su *Tratado de la naturaleza humana*. Allí, en el segundo libro, HUME recoge las conclusiones generales elaboradas en el pri-

---

[2] *Vid.* PLATÓN, «Fedro», en P. DE AZCÁRATE (ed.), *Platón. Obras Completas,* 1871: II, Madrid: Medina y Navarro.

[3] De hecho, no es infrecuente encontrar en los filósofos clásicos (*e. g.* ARISTÓTELES, HUME, etc.) argumentos para clasificarlos tanto en las concepciones mecanicistas como en sus alternativas rivales.

[4] Aproximadamente en la misma época que Williams JAMES presentaba su concepción cartesiana de las emociones, un autor de origen danés, C. G. LANGE, trabajaba en la misma idea. Por esa razón, esta versión que menciono suele denominarse JAMES-LANGE. *Vid.* R. SOLOMON, 2003: 65.

[5] La emoción violenta es uno de los modos establecidos en el art. 81, inciso *a)*, del Código Penal argentino para disminuir la responsabilidad en caso de homicidio, pero la fórmula del código es más compleja ya que exige expresamente «emoción violente que las circunstancias hiciesen excusables».

mer volumen del tratado acerca del origen y división de las ideas. Para él, las emociones son impresiones en el alma dadas por ciertas asociaciones con sensaciones habituales y, ciertas ideas correlativas. Así, la emoción es la sensación en el alma y las restantes cosas son integrantes de una cadena causal que se deriva de la emoción (LYONS, 2009: 18).

> Así, el orgullo es una sensación placentera, y la humildad lo es dolorosa; y si eliminamos el placer o el dolor, no queda en realidad ni orgullo ni humildad. Nuestro mismo sentimiento es quien nos convence de esto, y más allá de nuestro sentimiento es vano razonar o disputar (HUME, 1739: II, Parte Primera, Sección V).

A diferencia de las concepciones de DESCARTES o JAMES-LANGE, HUME sostiene que lo que distingue unas emociones de otras son las impresiones en el alma y no los cambios fisiológicos. Para este autor únicamente emociones violentas como el odio o el amor están correlacionados con cambios físicos. Sin embargo, con esta concepción no parece fácil caracterizar adecuadamente a ciertas emociones que no se asocian inmediatamente con el placer y el dolor (*e. g.*, la esperanza, el hastío, etc.). Pero, a pesar de ello, es importante señalar que HUME es uno de los primeros autores en: i) destacar que las emociones poseen un objeto e insistir en cuáles son las ideas que las causan, y ii) tratar de analizar detalladamente el vínculo entre emociones y *acciones*[6].

La conexión entre emociones y acciones ha sido uno de los temas centrales de las diferentes versiones conductistas (*e. g.*, WATSON, SKINNER). A su vez, fue Gilbert RYLE quien, a partir de un capítulo específico de su célebre texto sobre el concepto de lo mental, tuvo el mérito de reavivar en el siglo XX, el interés por las emociones en el ámbito de la filosofía analítica[7]. Su propósito era descartar una concepción tradicional que reservaba para las emociones un ámbito interno, privado e inaccesible y que, de alguna manera, causaba las acciones. En su opinión, por el contrario, las emociones tienen que explicarse a la luz de las disposiciones de conducta y, dado que las disposiciones no son eventos, la explicación de la conexión causal entre emociones y acciones tenía que ser reformulada (RYLE, 1949: 86-87).

Aunque todas estas concepciones mecanicistas capturan intuiciones importantes, ellas no explican adecuadamente las conexiones entre emociones, sensaciones, percepciones, motivaciones y acciones. Por ejemplo, si las emociones fuesen —como señalaba DESCARTES— *sensaciones* y *sentimientos subjetivos* (*i. e.* impresiones que ciertos objetos dejan en nuestro cuerpo), entonces parece que no habría lugar para equivocarse acerca de las emociones que tenemos. Si *sentir* miedo es *tener* miedo, entonces siempre tendré conciencia de la emoción que experimento. A su vez, si aceptamos —como propone la concepción de JAMES-LANGE— que la percepción de una reacción fisiológica específica define la emoción, entonces no habría lugar para que dos emociones diferentes puedan generarse en las mismas reacciones fisiológicas[8]. Una crítica similar puede elaborarse contra las versiones conductistas de WATSON y

---

[6] Al respecto, *vid.* A. KENNY, 2003: 66-69; D. GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 31. Aun cuando HUME ha señalado expresamente que el volumen sobre la moralidad es relativamente independiente de los dos primeros volúmenes, existe un consenso dominante acerca de sus importantes conexiones. Para una discusión general acerca de la conexión que HUME establece entre las emociones, la acción y la moral, *vid.* S. SUTHERLAND, 1976: 26: 14-23, y la bibliografía allí citada.

[7] *Vid.* RYLE, 1949: 83-115. También: RYLE, 2009: 284-299.

[8] En el mismo sentido: LYONS, 2009: 13-16; SOLOMON, 2003: 67; GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 35-36.

SKINNER ya que ellos no podrían explicar que ante la misma emoción dos sujetos pueden reaccionar de diferente manera. Por ejemplo, en un caso de profundo disgusto o enojo, un agente puede gritar airadamente y otro, por el contrario, solo ensimismarse (GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 41). Finalmente, la concepción de RYLE, podría cuestionarse porque no deja aparentemente espacio a la distinción entre tener una emoción y fingir una emoción, o por eliminar la referencia a estados mentales al momento de dar cuenta de las emociones.

Por supuesto, hay varias estrategias para dar cuenta de estas objeciones y no es posible discutir aquí acerca de sus méritos o defectos. Más bien, me interesa establecer una suerte de geografía conceptual de la discusión, con el propósito de dejar claro que, como señalaba HART (1963: 1-2) acerca de las discusiones conceptuales en teoría del derecho, estas disputas filosóficas muchas veces surgen como consecuencias de resaltar exageradamente distintas intuiciones importantes. Estas intuiciones podrían resumirse en las siguientes ideas:

En primer lugar, las propuestas mecanicistas recogen la conexión entre emociones y pasividad, *i. e.*, las emociones se experimentan como algo que nos invade sin que seamos capaces de consentir o controlar. Segundo, y derivada de la idea anterior, esta propuesta captura la intuición de que las emociones son algo externo a la persona. Finalmente, esta propuesta recoge la idea de que las emociones son algo con un grado variable de *intensidad*; y, en ciertas situaciones, se piensa en ellas como *fuerzas* imposibles de repeler[9].

2.2. Teorías cognitivo-evaluativas

Esta familia de teorías ejemplifica la concepción dominante en la actualidad. En general, ellas sostienen que las emociones están asociadas a nuestras valoraciones ya que solo frente a objetos de cierta importancia reaccionamos emocionalmente. Por ejemplo, no nos enojamos ante cosas que nos parecen irrelevantes o no sentimos miedo si creemos que la amenaza no es suficientemente seria. Así, las emociones se distinguen a partir de creencias o valoraciones de ciertos objetos por parte de un agente. En general, uno de los rasgos más destacados de estas propuestas es que, a diferencia de las teorías mecanicistas, ellas admiten la racionalidad de las emociones. Ello significa que las emociones desempeñan un papel central en el razonamiento práctico de un agente y, en ciertas circunstancias, determinan *intencionalmente* su comportamiento.

Es importante remarcar, aunque parezca obvio, que las acciones emocionales son, en primer lugar, acciones; es decir pautas de conductas ejecutadas por un agente. La explicación de estos eventos (ya sea que se favorezca un esquema causal o un esquema intencional) requiere identificar un *objeto* de intencionalidad, que es definido a partir de un complejo epistémico-volitivo. Las emociones conforman ese complejo ya que surgen a partir de evaluaciones que el agente realiza y ellas acompañan a sus motivaciones y creencias acerca de lo que exige una situación. Conforme a esta idea, las

[9] KAHAN y NUSSBAUM, 1996: 280. Retomaré la cuestión de la intensidad de la emoción en el último apartado.

emociones también pueden analizarse desde un punto de vista *externo* y, en este caso, el observador puede calificar a una emoción como razonable, correcta, etc. En este caso, el agente ha sido «movido a la acción» por un conjunto aceptable de elementos determinantes de su conducta.

No es posible presentar aquí cada una de las variantes de esta concepción y, a efectos de ilustrar de manera esquemática los contornos de una propuesta específica, expondré a continuación los rasgos básicos de una de las propuestas más conocidas: la concepción de William LYONS, quien defiende una teoría cognitiva (que denomina causal-evaluativa). Para este autor:

> X se considera un estado emocional si y solo si X es un estado fisiológicamente anormal, causado por el sujeto que, en tal estado evalúa su situación [...]. La emoción es un estado psicosomático, un estado corporal causado por una actitud, en nuestro caso una actitud evaluativa (LYONS, 2009: 79).

Su teoría está comprometida con los siguientes enunciados:

a) Los estados emocionales son considerados elementos fácticos y no como disposiciones o propensiones a poseer determinado estado.
b) Este estado emocional conlleva una evaluación y esa evaluación *causa* ciertos cambios fisiológicos (anormales) en el sujeto.
c) Las emociones se diferencian unas de otra por el aspecto evaluativo.
d) El concepto de estado emocional puede abarcar deseos, evaluaciones o cambios fisiológicos.
e) El aspecto evaluativo provoca la conducta emocional por una conexión causal y racional con los deseos. Ello significa que la evaluación más el deseo forman una razón para actuar y ella, a su vez, causa la acción (o conducta emocional) del agente.
f) Aunque el aspecto evaluativo sea el central ello no significa que las emociones sean algo intangible y no objetivas (LYONS, 2009: 73-94).

Entre las críticas usuales a estas propuestas es posible destacar a las siguientes. En primer lugar, parecen comprometerse con una perspectiva reduccionistas ya que las emociones son *reducidas* a combinaciones de creencias y deseos; identificándolas así con los estados intencionales paradigmáticos. En segundo lugar, en ocasiones estas reconstrucciones no prestan suficiente atención al aspecto fenomenológico y ofrecen, por tanto, una imagen excesivamente racional de las emociones. Por último, estas propuestas no distinguen adecuadamente entre la *satisfacción emocional* y la *satisfacción intencional* ya que el objeto intencionalmente perseguido está uniformemente configurado. Pero, parece claro que en ciertas ocasiones, deseamos conseguir ciertas cosas (*e. g.*, infligir un mal a un enemigo) movidos por emociones específicas (*e. g.*, animo de venganza) y no hay que descartar que una vez conseguida la satisfacción intencional (infligir el mal), el agente se sienta emocionalmente insatisfecho (no ha conseguido aplacar su sed de venganza) [10].

A pesar de estas dificultades, esta familia de teorías posee un innegable atractivo para cuestiones vinculadas con la responsabilidad penal ya que ellas introducen la posibilidad de evaluar como razonable o irrazonable una emoción y su reacción. Dos

[10] Un análisis de estos problemas se encuentra en GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 49-51.

autores que han prestado especial atención a esta relación son Martha NUSSBAUM y Dan KAHAN (KAHAN y NUSSBAUM, 1996: 269-374). Ellos sostienen, que así como las emociones son resbaladizas en la vida también lo son en el derecho penal y, mediante la revisión de numerosos casos de derecho penal americano, muestran que la jurisprudencia ha oscilado continuamente entre una teoría cognitivo-evaluativa y una teoría mecanicista. Sin embargo, en este artículo, ellos defienden que una teoría cognitivo-evaluativa no solo es descriptivamente más adecuada para dar cuenta del modo en que funcionan las emociones sino que también sostienen que el mejor modo de incorporar las complejidades de las emociones en el derecho penal es a través de una teoría cognitiva.

En general, ellos sostienen que una teoría cognitivo-evaluativa es superior porque es más eficiente en prevenir y condenar delitos y, sobre todo, porque es mucho más honesta que la teoría mecanicista que pretende disfrazar las discusiones morales (KAHAN y NUSSBAUM, 1996: 274). También sostienen, al igual que todas las teorías cognitivas, que ciertas actitudes cognitivas son condición necesaria para generar una emoción; las creencias son una parte constitutiva de la emoción y no son causas externas. La razón es que para distinguir una emoción de otra no se puede evitar mencionar la creencia que se encuentra involucrada. Finalmente, señalan que ciertas creencias relevantes son suficientes para generar una emoción. Todos los ejemplos que se nos ocurran de personas que posean una creencia y no generen la emoción (por ejemplo, dolor por la muerte de un hijo) es porque en el fondo no poseían la creencia (*i. e.*, se niegan a aceptar la perdida) (KAHAN y NUSSBAUM, 1996: 294)[11].

A pesar que la propuesta de NUSSBAUM y KAHAN ha tenido una amplia repercusión, no es obvio que su propuesta pueda superar las críticas que se dirigen a este grupo de concepciones en general. Por ejemplo, no es fácil resolver con una teoría como la de NUSSBAUM y KAHAN los casos en los que un agente no *siente* la emoción específica en situaciones en las que es razonable desarrollar esa respuesta emocional. Así, frente a una agresión sería razonable sentir temor y, luego, invocar como una excusa el hecho de haber actuado impulsado por el miedo. Sin embargo, la teoría exagera el papel de las creencias y las evaluaciones, disminuyendo la relevancia de las *sensaciones*. Puede ocurrir que un agente no *sienta* miedo ante la agresión. En ese caso, una teoría mecanicista mantendría la responsabilidad del agente, pero la teoría cognitivo-evaluativa tendría que admitir que su conducta estaba excusada.

Es momento de detener la exploración de las diferentes propuestas conceptuales acerca de las emociones. El objetivo de este breve recorrido no tenía por función repetir cosas que otros autores han expuesto con mayor detalle sino de exhibir la agenda de problemas más importantes que aún aguardan solución. Tres moralejas pueden extraerse de este ensayo de una geografía de las concepciones de las emociones. En primer lugar, es evidente que las emociones ocupan un lugar cada vez más relevante en las discusiones sobre temas centrales para la atribución de responsabilidad penal (*e. g.*, teoría de la acción, justificación del castigo, etc.). En segundo lugar, la oposición entre las dos grandes corrientes filosóficas acerca de las emociones es básicamente

[11] Años más tarde NUSSBAUM volvió a dedicarse a cuestiones vinculadas a las emociones y el derecho. Sin embargo, sus ideas no parecen haberse modificado sustancialmente. *Vid.* NUSSBAUM, 2006: 41.

una disputa acerca de la racionalidad de las emociones y su eventual potencial para intervenir en el razonamiento práctico de los agentes. Finalmente, existe un profundo desacuerdo sobre las ventajas y desventajas de cada propuesta y ello repercute sobre diferentes puntos de vista acerca de sus respectivas primacías conceptuales. En lo que resta de este trabajo trataré de explorar una manera de disolver esta polémica. En particular, sostendré que no hay un único tipo de prioridad que se pueda establecer entre ellas y que, por esa razón, no tiene sentido una polémica, en términos absolutos, acerca de qué teoría es mejor.

3. LA CONCEPCIÓN *DUALISTA* DE LAS EMOCIONES

En esta sección, en base a ciertas ideas de VON WRIGHT sobre la conexión entre mente y materia defenderé una concepción *dualista* de las emociones[12]. En mi opinión, esta concepción dualista explica de manera más adecuada las relaciones entre aspectos internos y externos de las emociones (VON WRIGHT, 1998: 147 y 58-60). Al igual que las acciones no pueden identificarse únicamente con fenómenos mentales o conductuales, las emociones son un fenómeno complejo y ellas no pueden reducirse ni a eventos sensoriales o fisiológicos (como hace la teoría mecanicista) ni a estados mentales (como parecen favorecer las teorías evaluativas). Por supuesto, no pretendo sostener que las emociones sean similares a las acciones o conductas en *todos* sus aspectos. Más bien, intento destacar que emociones y acciones comparten un rasgo en común que vale la pena resaltar: los aspectos internos (*e. g.*, mentales o volitivos) y externos (*e. g.,* cambios en el mundo).

La polémica acerca de la naturaleza de la acción ocupa un lugar central en la filosofía de la acción contemporánea. Uno de los aspectos más debatidos es acerca de la validez del esquema de explicación de acciones y dos concepciones (causal y teleológica) compiten recurrentemente en este ámbito[13]. Los modelos de explicación teleológica subrayan que la relación entre acción y resultado es de naturaleza conceptual y, por ello, al no existir independencia lógica entre ambos eventos, no es posible establecer una relación de causalidad. Uno de los representantes más destacados de esta línea de análisis es Georg Henrik VON WRIGHT. Para este autor, una acción involucra una transformación de estado de cosas, por ejemplo, por medio del comportamiento del agente el mundo cambia desde un cierto estado (*e. g.*, en el que una puerta está cerrada) a otro estado diferente (*e. g.*, en el que esa puerta está abierta). Este estado final del cambio es el que nos permite identificar una cierta acción. Así, la acción de abrir la puerta se *define* por el estado de cosas de que la puerta *resulte* abierta. Como consecuencia de ese estado de cosas pueden producirse otros eventos (*e. g.*, el descenso de la temperatura en una habitación) y, en ese caso, la conexión entre el resultado de una acción y sus consecuencias es de naturaleza *causal* (VON WRIGHT, 1970: 56).

---

[12] Con cierta cautela, este enfoque podría denominarse «cartesiano» ya que se asienta en un dualismo irreductible entre aspectos mentales y conductuales. Sin embargo, dado que DESCARTES es considerado como un partidario de las concepciones mecanicistas, parece mejor utilizar la expresión «concepción dualista».

[13] Dos de los teóricos más representativos de esta disputa son Donald DAVIDSON y Georg Henrik VON WRIGHT. Para una discusión sobre la relación entre acción y resultado *vid.*, por ejemplo, DAVIDSON, 1980, y VON WRIGHT, 1980.

Sin embargo, si se admite que la relación entre resultados y consecuencias es causal, entonces parece intuitivo asumir que esas relaciones causales también juegan un papel determinante en el modo en que se produce el resultado. En otras palabras, es tentador suponer que las redes causales son inescapables y que los aspectos internos que determinan la acción son también parte de un proceso de eventos y estados de cosas causalmente aptos para explicar cambios en el mundo. Una de las maneras de desarrollar este argumento es reducir los estados mentales a fenómenos neuronales, que se conectan causalmente con nuestros movimientos corporales y los cambios externamente perceptibles. Así, aunque los estados internos no serían directamente observables, ello no implicaría que tengan una naturaleza diferente a otros fenómenos empíricos (VON WRIGHT, 1998: 126).

Sin embargo, VON WRIGHT rechaza este argumento reduccionista y asume la «carga cartesiana» del dualismo. Está fuera de discusión que las explicaciones causales son apropiadas para dar cuenta de: i) la conexión entre resultados y consecuencias, y ii) la conexión entre eventos neuronales y movimientos corporales. Pero, ninguna de estas concesiones es relevante para dirimir si los estados mentales son fenómenos fácticos. Al referirse a las acciones, él sostiene que la conexión entre el aspecto interno y externo de la acción es más compleja de lo que normalmente asumimos. Por una parte, aunque los cambios neuronales no sean directamente observables en la mayoría de los casos, nada impide suponer que un investigador puede obtener datos en «tiempo real» de lo que ocurre en nuestros cerebros cuando ejecutamos una cierta acción. En este sentido, este aspecto neuronal de la conducta sería únicamente una parte más elaborada del aspecto *externo* del comportamiento de un agente. No hay en este presupuesto nada lógicamente inadmisible o extraño. Por otra parte, esos cambios neuronales son «lógicamente secundarios» frente a los estados mentales con los que ellos están correlacionados. Podría decirse que esos estados mentales *supervienen* a los cambios físicos (fisiológicos, neuronales, etc.) [14].

Por supuesto, gran parte de la filosofía de la acción se ha dedicado a establecer el modo en que se producen estas conexiones entre eventos y correlaciones entre estados mentales y sucesos. Así, algunos reducían la conexión de la mente a la materia (como HOBBES) y otros idealistas de la materia a la mente (BERKELEY). Sin embargo, para VON WRIGHT, esta conexión es entendida de mejor manera como algo *dual*, como un fenómeno en el que los estados mentales interactúan con las funciones que cumple el sistema nervioso de un agente y se plasman en una conducta externa que interpretamos como una acción específica (VON WRIGHT, 2003: 43-44). Así, formarse una intención de actuar genera cambios neuronales que a su vez producen determinado comportamiento y, del mismo modo, un estimulo externo produce cierto cambio neuronal que a su vez genera determinada sensación (VON WRIGHT, 2003: 45). Con respecto al modo en que se produce este proceso VON WRIGHT (2003: 46) sostiene:

> La naturaleza «misteriosa» de la transición del proceso neuronal a la sensación mental es responsable, creo yo, de la tentación de decir que la sensación y la manifestación neuronal que está allí cuando el sujeto tiene la sensación, son en algún sentido, lo mismo o idénticas. Y hay una tentación similar en identificar el trasfondo mental de la voluntad de

[14] Sin lugar a dudas, este relato acerca de los procesos neuronales y fisiológicos es rudimentario, pero su admitida simplicidad, creo, no priva de su valor heurístico al análisis. VON WRIGHT, 1998: 126.

> una acción con los estados neuronales y los procesos que son causalmente responsables de la parte conductual de su aspecto externo.

En definitiva, quienes asumen la «carga cartesiana» —como VON WRIGHT—pueden afirmar que hay una indudable relación causal entre eventos neuronales y los cambios externos en el mundo, pero también pueden negar que la explicación de una *acción* quede completa por el solo hecho de haber establecido esos nexos causales. Una acción es, en este sentido, *algo más* que el comportamiento fáctico del agente.

Para evitar el error reduccionista VON WRIGHT propone un modo de establecer las interconexiones de tres aspectos centrales vinculados a la acción, *e. g.* el neuronal, el mental y el conductual. La conexión de estos aspectos se produce de tres diferentes relaciones conceptuales, *i. e.* epistémica, causal y semántica (VON WRIGHT, 2003: 46).

a) La *prioridad epistémica*. En primer lugar, lo *mental* es *epistémicamente* prioritario sobre lo *neuronal*. En este sentido, para poder conocer el impacto que tiene cierta emoción en el cerebro, o cualquier otro estado mental, primero debemos identificar el fenómeno de un modo independiente. Por ejemplo, no podremos identificar lo que el miedo produce en el cerebro al menos que tengamos previamente en claro cuándo un cierto individuo siente (tiene) miedo.

b) La *prioridad causal*. En otro nivel, existe una prioridad *causal* de lo neuronal sobre lo conductual. Parece más allá de discusión que primero se producen ciertos «cambios» a nivel cerebral y fisiológico antes de que la conducta sea realizada. Si fuese posible inspeccionar lo que ocurre en el sistema nervioso de un individuo, entonces veríamos que sus movimientos corporales se producen instantes después de ciertos cambios neuronales y fisiológicos. Así, el movimiento del individuo al abrir una puerta es parte de lo que ocurre luego de que su sistema nerviosos procese ciertos estímulos.[15]

c) La *prioridad semántica*. Existe una prioridad *semántica* de la conducta sobre lo mental. Esto quiere decir, en palabras de VON WRIGHT que

> las reacciones conductuales causadas por los equivalentes neuronales de los diversos estados mentales constituyen lo que significa decir que el sujeto experimenta («sufre») esos estados (VON WRIGHT, 2003: 47).

El objetivo de VON WRIGHT está dirigido a echar luz sobre la conexión entre mente y materia. Este es un problema filosófico de gran magnitud que no trataré aquí. Me interesa ahora resaltar las similitudes de esta discusión con las emociones. Así como existen teorías reduccionistas en cuanto a la conexión entre mente y materia para la explicación de la acción, creo que tanto las tesis mecanicistas como las cognitivas evaluativas son reduccionistas para comprender las conexiones internas y externas en las emociones.

Así, una teoría mecanicista (sobre todo en sus versiones más radicales) reduce las emociones a las conexión causal que existe entre lo neuronal y lo conductual, distor-

---

[15] Una teoría a nivel neurofisiológico de gran riqueza en este nivel es la teoría de Antonio DAMASIO. Este autor pretende mostrar no solo que las emociones juegan un papel en la toma de decisiones sino que también ellas son necesarias para que el agente tome decisiones racionales. Su teoría posee una gran riqueza y utilidad. Por esa razón no creo que sea este el lugar para dedicarle el lugar que se merece en «una teoría de las emociones». Solo deseo mencionar que su postura se ubicaría en este nivel causal pues él nos ayuda a entender cómo funciona el cerebro y que las emociones no pueden ser identificadas solo en un sector de este. *Vid.*, por ejemplo, DAMASIO, 1994.

sionando las otras maneras de conectar los aspectos conductual y mental. Al *reducir* las acciones emocionales a eventos causales, la teoría refleja un aspecto de las emociones pero deja de lado otros elementos relevantes para entender situaciones en las que las emociones funcionan como fundamento de las acciones.

Las teorías mecanicistas (en su versión conductista) insisten en la prioridad semántica que posee la conducta sobre lo mental. Estas teorías, sin embargo, olvidan la importancia de las conexiones epistémicas y causales para explicar las emociones. Al examinar determinada conducta asumimos que el sujeto padecía ciertas emociones o intentaba realizar esta conducta por ciertas razones. El problema central, si no se tienen en cuenta las otras relaciones, es que ciertos comportamientos pueden parecer que fueron realizados por cierta razón (temor) pero a pesar de ello fueron ejecutados por otra diferente (venganza). Por ejemplo, una persona de gran fortaleza me ataca y reconozco que se trata de un antiguo enemigo. Aunque tengo razones para entrar en pánico, supongamos que soy temeraria, a pesar de la seriedad de la amenaza, me mantengo tranquila. Más aún, supongamos que aprovecho una pequeña oportunidad de la lucha para deshacerme de mi enemigo. Desde una perspectiva externa, el observador del evento puede aceptar que mi conducta es ejecutada por «miedo insuperable», y, sin embargo tanto a nivel mental como neuronal ella significó algo diferente[16].

Por último, podría sostenerse que las teorías cognitivas al insistir en el aspecto voluntario de las emociones ponen demasiado acento en la prioridad epistémica que existe entre lo mental sobre lo neuronal. Sin embargo, estas teorías poseen un aspecto normativo en el que enfatizan también las condiciones para que una emoción *cuente* como razonable o irrazonable. El aspecto voluntario de la emoción es utilizado como presupuesto. Este aspecto evaluativo podría considerarse más bien como un dato *semántico* (interpretativo). En otras palabras, ante un desacuerdo, entre el punto de vista del agente y lo que *significa* cierta conducta emocional en un determinado contexto, elegirán la segunda.

A simple vista podría criticarse estas interconexiones por ser circulares. Sin embargo ellas son de diferente naturaleza algunas relaciones son empíricas y otras de naturaleza conceptual. En síntesis, estas relaciones nos permiten ver por qué ambas teorías son necesarias para explicar la misma conducta emocional.

4. INTENSIDAD DE LA EMOCIÓN. LA EMOCIÓN COMO AGRAVANTE Y ATENUANTE EN DERECHO PENAL

En los párrafos anteriores intenté mostrar que las teorías tradicionales de la emoción no son rivales. Sino, por el contrario, ambas reflejan diferentes niveles o ámbitos en los que funcionan las emociones. En este apartado pretendo esbozar un argumento para mostrar que no hay nada incorrecto o irracional en los códigos penales cuando en ocasiones las emociones sirven para agravar el delito (odio racial) y en otras sirven para

[16] Por supuesto, existen emociones que no se reflejan en la conducta de los agentes y esto genera un problema mayor para las teorías de las emociones. Sin embargo, el objeto central del derecho penal es la evaluación de ciertas *conductas*, es por ello que no me ocuparé aquí de analizar las emociones como fenómenos que no se reflejan en acciones.

atenuarlo (emoción violenta). Sin embargo, esto no quiere decir, como sostiene GONZÁLEZ LAGIER, que en ocasiones se defienda una teoría mecanicista y, en otras, una teoría cognitiva (GONZÁLEZ LAGIER, 2009: 145 y ss.). Tampoco, como sostiene NUSSBAUM y KAHAN en que el mejor modo de entenderlo es reconstruyendo los agravantes y atenuantes bajo la teoría cognitivo evaluativa (KAHAN y NUSSBAUM, 1996: 327).

En este apartado sostendré que hay dos criterios para medir la *intensidad* de la emoción y no el concepto de emoción misma. Y estos diferentes modos de medir la intensidad de la emoción explican la manera en que las emociones funcionan en muchos códigos penales.

Aunque a simple vista resulte desconcertante, diferentes criterios pueden utilizarse para medir un mismo concepto. Imagine que quiero clasificar a un grupo de personas en «grandes» y «pequeñas». Esta clasificación puede llevarse a cabo utilizando dos criterios, el de altura y el de la edad, algunas de las personas clasificarán como «grandes» bajo los dos criterios y otras lo harán bajo alguno o ninguno. Esto no significa que existan dos conceptos de «tamaño». Para decirlo de un modo concreto, los diferentes criterios para medir el tamaño o la intensidad de la emoción son la *concepción* que poseemos acerca del *concepto* de tamaño o de emoción y no diferentes conceptos. (DWORKIN, 1977: 212 y ss.).

Con respecto al tema que interesa aquí, esta distinción tiene que ver con: *a) la intensidad de la emoción como sentimiento,* y *b) la intensidad de la emoción como motivo* (KENNY, 2003: 24). En lo que sigue reconstruiré brevemente esta distinción e intentaré mostrar cómo funciona en el ámbito del derecho penal.

La intensidad en su primer criterio se mide teniendo en cuenta la *potencia* o *fuerza* de ciertos cambios físicos, *e. g.* modificaciones de ciertas expresiones faciales, gestos, posturas y reacciones. Por ejemplo, para medir la intensidad de la vergüenza que siente una persona se puede analizar, entre otros rasgos, el mayor o menor nivel de sonrojo ante cierta situación.

Un parámetro de intensidad de la emoción, en este sentido, posee incidencia en la atribución de responsabilidad y el derecho penal. Por ejemplo, para CARRARA la disminución del reproche en casos emocionales se produce por «la violencia ejercida sobre la voluntad del agente aún por una fuerza meramente interna aunque sea viciosa» (SOLER, 1956: 60). Para Sebastián SOLER, se podrá aplicar la atenuante de emoción violenta cuando el sujeto posea un estado psíquico que *arrastra* al sujeto y genera la disminución de los frenos inhibitorios (SOLER, 1956: 60).

Este concepto caracterizando la «violencia» de la emoción también ocupa un lugar central en las decisiones de los tribunales. Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Casación penal, causa núm. 1282/13 - Sala I, *Bracamonte, Simón Jorge s/recurso de casación,* refiriéndose a esta figura establece que

> los requisitos específicos del tipo penal son el estado emocional —conmoción del ánimo que genera una modificación en la personalidad—, la violencia en la emoción —dificultad de controlar los impulsos y disminución marcada de los frenos inhibitorios.

En un sentido similar, el Tribunal Supremo español (Sentencia: núm. 417/2009 de fecha 07/04/2009) establece que una de las condiciones para aplicar la atenuante de arrebato u obcecación es:

> En efecto esta circunstancia de atenuación concurre cuando la obcecación y el arrebato al actuar entrañan una reducción de la imputabilidad provocada por situaciones que disminuyen la razonabilidad del pensamiento o *el control de la voluntad debida a un duradero oscurecimiento u ofuscación del ánimo* (S. 1696/2002, de 14 de octubre). Sus elementos son: *a)* Desde el punto de vista interno una situación de cólera o ímpetu pasional que reduzca limitando las facultades mentales del sujeto activo del delito, de modo que se produzca una situación de ofuscación de una importante entidad que suponga que sus resortes inhibitorios se vean seriamente afectados (*cursivas añadidas).*

Un rasgo que vale la pena resaltar es que aunque no siempre que experimentamos una emoción la manifestamos, en ocasiones, por ejemplo ante ira violenta, un hombre no puede poseer esa emoción y no manifestarse. Para decirlo de modo más simple, no puedo estar tranquilo si estoy bajo la «fuerza» de una ira que me nubla el entendimiento. Cada vez que esté bajo los efectos de esa emoción reaccionaré (KENNY, 2003: 43).

Por supuesto, aquí no quiero afirmar que este criterio sea el único elemento necesario para disminuir la responsabilidad tanto en casos de emoción violenta como en el arrebato u obcecación. Solo pretendo resaltar la importancia que posee la intensidad como impulso en nuestra atribución de responsabilidad.

En segundo lugar, el criterio de intensidad como motivo *b)*, una emoción será más fuerte que otra si posee una mayor influencia en los planes de vida del agente, *i. e.* en la acción voluntaria. En palabras de KENNY, «bajo este criterio, cuán poderosa es una emoción depende de cuánto del comportamiento de un hombre pueda ser explicado mediante la referencia a ello» (KENNY, 2003: 24).

En principio, cuando la emoción es una reacción a cierto estímulo externo (por ejemplo, una serpiente) es mejor utilizar el primer criterio y, cuando el objeto de la emoción está a distanciado en el tiempo y el espacio es más útil tomar en consideración el segundo criterio. Por ejemplo, una persona que posee una gran ambición se comportará de determinada manera ante ciertas situaciones durante toda su vida. Este criterio de intensidad también entra en consideración al momento de atribuir responsabilidad penal. Así, podemos afirmar que un agente actuó por odio racial si se comporta de determinada manera ante personas de diferente raza a la de él.

Ambos criterios son independientes y, por tanto, en ocasiones, pueden entrar en conflicto. Sin embargo ellos pueden utilizarse para analizar la misma emoción. Por ejemplo, el miedo (a la oscuridad o a las alturas) puede medirse bajo ambos criterios. Si entro a lugares oscuros la intensidad de mi emoción se medirá por el movimiento de mi cuerpo, el aumento de palpitaciones, el temblor de piernas, etc. Si mido la intensidad de mi temor por el impacto en mi comportamiento veremos que nunca me expuse a lugares oscuros, o nunca fui a escalar montañas o esquiar si le tengo miedo a las alturas (KENNY, 2003: 25).

Este criterio de intensidad de la emoción es utilizado en la práctica judicial. Por ejemplo, el juez de instrucción (Zelaya) imputó por delito de homicidio calificado por odio al género a Lucas Adrián Azcona. Azcona mató a puñaladas a una estudiante a la salida del metro. Entre las razones para aplicar el agravante dijo «el odio es un sentimiento que el homicida viene alimentando en el tiempo con proyección general».

También consideró como síntoma de su misoginia la figura que tiene tatuada en su cuerpo y que había atacado con anterioridad, y posterioridad al caso a otras mujeres con arma blanca. Es decir, habría realizado conductas y comportamientos que se

proyectan a lo largo del tiempo y muestran la importancia e intensidad que posee está emoción, entendida como motivo, para el sujeto.

Al igual que afirmé en el criterio anterior, no quiero decir que por esa razón el homicidio por motivos abyectos está justificado[17]. Solo pretendo señalar que en la práctica de atribución de responsabilidad penal se utilizan ambos criterios para medir la intensidad de la emoción. Y que esa práctica puede explicarse de modo coherente con la estructura de la acción humana en general y las emociones en particular.

Alguien podría afirmar que hablar de diferentes criterios para medir la intensidad de la emoción es un modo elíptico de afirmar que hay dos conceptos de emoción en juego. Sin embargo, ello no esa sí. Pensemos por ejemplo, dos criterios para medir el tamaño de una persona. El primer criterio es el peso y el segundo la edad. Estos criterios son independientes uno de otros y en ocasiones pueden oponerse. Así, un niño obeso puede, a pesar de su corta edad, tener un gran tamaño en el primer sentido pero no en el segundo. Otra persona puede tener muchos años y pesar 40 kg. Así bajo un criterio diremos que es pequeño y otro diremos que es grande. Ello no quiere decir que estemos utilizando diferentes conceptos de lo que es una persona.

En síntesis, en este apartado mostré un modo adecuado de entender por qué en ocasiones las emociones se utilizan para atenuar y en otras para agravar la pena en muchos códigos penales. Esta manera de entender los diferentes sentidos de intensidad de una emoción explica de modo racional nuestras prácticas de atribución de responsabilidad.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo intenté presentar un panorama conceptual de la discusión sobre las emociones. Mi principal objetivo al hacerlo fue resaltar que esta disputa entre teorías mecanicistas y teorías cognitivas o cognitivas evaluativas está planteada como exageraciones de ciertos rasgos que poseen las emociones. El objetivo central fue mostrar que estas teorías no son rivales, como tradicionalmente se las ha considerado, sino que más bien cada una se enfoca en diferentes aspectos de las emociones. Por esa razón, puede afirmarse que sostuve una teoría dual de las emociones.

La estrategia para argumentar a favor de la concepción dual de las emociones fue utilizar el esquema esgrimido por VON WRIGHT para la relación entre mente y materia. Presenté los diferentes tipos de prioridades para diferentes aspectos de las emociones: i) hay una prioridad epistémica de lo mental sobre lo neuronal; ii) hay una prioridad causal de lo neuronal sobre lo conductual, y iii) existe una prioridad semántica de lo conductual sobre lo mental.

En la última parte de este trabajo sostuve que hay dos criterios para medir la *intensidad* de la emoción: i) intensidad como impulso, y ii) intensidad como motivo. Estos diferentes criterios se manifiestan en los códigos penales, los primeros en general como atenuantes de la responsabilidad y los segundos como agravantes. Por supuesto, no

[17] Aunque creo que la agravante está justificada no pretendo analizar las razones de por qué ello es así. Para un estudio de estos temas *vid.*, por ejemplo, PERALTA, 2012.

intenté justificar estás figuras sino más bien mostrar que ellas pueden ser reconstruidas de modo racional y no solo como un mero deseo de castigo o utilización de diferentes teorías para diferentes tipos de casos según nuestras intuiciones o reacciones frentes a ciertas clases de conductas.

6. BIBLIOGRAFÍA

CARRARA, F, 1957: *Programa de derecho criminal,* Temis.

DAMASIO, A., 1994: *Descartes' error -Emotion, Reason and the Human Brain,* New York: Avon Books.

DAVIDSON, D., 1980: *Ensayos sobre acciones y sucesos,* México: Instituto de Investigaciones Filosóficas.

DWORKIN, R., 1977: *Los derechos en serio,* España: Planeta.

ELSTER, J, 1998: *Alquemies of the Mind -Rationality and the Emotions,* Cambridge: Cambridge University Press.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2009: *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid: Marcial Pons.

HART, H. L. A., 1963: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HUME, D, 1739: *Tratado de la naturaleza humana,* Libro II, Parte Primera, Sección V.

KAHAN, D., y NUSSBAUM, M., 1996: «Two Conceptions of Emotions in Criminal Law», *Columbia Law Review,* 96 (2): 269-374.

KENNY, A., 2003: *Action, Emotion and Will*: London y New York: Routledge.

LYONS, W., 1993: *Emoción,* Barcelona: Anthropos.

NUSSBAUM, M., 2006: *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley,* Buenos Aires: Katz.

PERALTA, J., 2012: *Motivos reprochables*, Barcelona: Marcial Pons.

PLATÓN: «Fedro», en P. DE AZCÁRATE (ed.), *Platón. Obras Completas,* 1871: II, Madrid: Medina y Navarro.

RYLE, G., 1949: *The Concept of Mind*, London: Hutchinson.

— 2009: «Feelings», *Collected Papers* (II), New York: Routledge, 284-299.

SCHIMILL, U., 2010: *Las implicaturas del resentimiento —La tragedia de Otelo—,* México: Themis.

SOLER, S., 1956: *Derecho penal argentino,* Buenos Aires: Tipográfica editora argentina.

SOLOMON, R., 2003: *What is an Emotion,* Oxford: Oxford University Press.

SUTHERLAND, S., 1976: «Hume on Morality and Emotions», *The Philosophical Quaterly,* 26: 14-23.

TADROSS, V., 2004: «Attribution, Ethics and Emotions», en *Criminal Responsibility. Review Article' in Modern Law Review,* 67, 332.

VON WRIGHT, G. H., 1970: *Norma y acción,* Madrid: Tecnos.

— 1980: *Explicación y comprensión,* Madrid: Alianza editorial.

— 1998a: «On Mind and Matter», *In the Shadow of Descartes: Essays in the Philosophy of Mind*, Netherlands Kluwer Academia.

— 1998b: «Sensations and Perceptions», *In the Shadow of Descartes: Essays in the Philosophy of Mind*, Netherlands Kluwer Academia.

— 2003: «Valor, norma y acción», *Doxa,* 26: 53-79.

CONFLICTOS ENTRE DERECHOS Y PONDERACIÓN. POR QUÉ LOS JUECES NO DEBERÍAN ABANDONAR LA PERSPECTIVA DEONTOLÓGICA*

Marina Velasco
Universidade Federal de Rio de Janeiro

RESUMEN. La idea de que los derechos fundamentales deben ser «ponderados» cuando entran en conflicto goza de una amplia y creciente aceptación. Para Robert ALEXY, el más influyente defensor de la ponderación, ello es inevitable debido a que los derechos tienen la forma de principios y estos tienen que ser entendidos como mandatos de optimización. En el texto argumento que para tomar una decisión racional en tales casos no es inevitable ponderar. Para ello distingo dos formas básicas que una decisión racional puede adoptar en los casos en que reconocemos un conflicto entre principios: *deontológica* e *teleológica*; exploro las implicaciones que se siguen de ambas perspectivas y pongo en duda que el procedimiento teleológico de la ponderación sea el más adecuado en tales casos. Concluyo afirmando que en los casos de conflicto entre derechos fundamentales los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica que adoptan en las decisiones judiciales en general, a diferencia de los ciudadanos, quienes pueden y deben ponderar sobre valores y sobre fines.

Palabras clave: ponderación, conflictos entre derechos, reglas y principios.

Conflicts between Basic Rights and Balancing: Why judges should not abandon the deontological stance

ABSTRACT. The notion that the application of basic rights requires «balancing» is widely and increasingly accepted. For Robert ALEXY, the most influential philosopher of law advocating balancing, that is unavoidable because rights have the form of principles and these must be understood as «optimization requirements». I argue that balancing is not unavoidable for adopting a rational decision in such cases. I describe two basic patterns that a rational decision may follow when we recognize a conflict between principles: deontological and teleological; explore the implications that follow from both perspectives and argue against the idea that the teleological procedure of balancing is the most appropriate in such cases. I conclude asserting that in cases of conflict between basic rights judges should not abandon the deontological stance that they must adopt everywhere in judicial decisions, differently from citizens, who can and must balance values and ends.

Keywords: Balancing, Conflict between rights, Rules and Principles.

* Fecha de recepción: 29 de octubre de 2015. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.16

La idea de que los derechos fundamentales deben ser «ponderados» cuando entran en conflicto goza de una amplia y creciente aceptación. Muchos juristas consideran que el juicio de ponderación no solo es el método más apropiado para resolver conflictos entre derechos fundamentales sino que es el único método posible —no solamente para para decidir casos en los que hay conflictos entre derechos fundamentales entre sí, sino también casos en los que hay un conflicto entre derechos fundamentales y bienes colectivos—. De hecho, el juicio de ponderación es cada vez más usado en las decisiones judiciales de las cortes constitucionales, especialmente en las cortes supranacionales de derechos humanos.

La situación se ve favorecida por el reconocimiento de un número creciente de conflictos normativos. Ciertamente, los conflictos normativos no constituían algo que mereciera la atención en la época de la gran codificación jurídica. Pero en las democracias constitucionales de las últimas décadas los códigos —conformados por normas que tienen la forma de *reglas*— tienen cada vez menos peso en la argumentación jurídica. En todas las instancias y ramas del derecho los conflictos tienden a ser planteados en términos de derechos fundamentales —que son normas que tienen forma de *principios*. El fenómeno es ampliamente reconocido y puede ser caracterizado como una *descodificación* del derecho o una *constitucionalización* del derecho, según se mire el proceso en una u otra dirección. Si dejamos de lado algunos detalles doctrinarios locales, no es difícil concordar con la constatación de que «Vivimos en la era de la ponderación constitucional [*Constitutional Balancing*]»[1]. Algunos consideran que el juicio de ponderación es «una pieza esencial del constitucionalismo contemporáneo (o Neoconstitucionalismo)»[2].

En este artículo quisiera realizar una crítica al uso extendido del juicio de ponderación en las decisiones judiciales. Me interesa reflexionar sobre la racionalidad que debe guiar las decisiones judiciales, pero la crítica que formulo no consiste en afirmar que la ponderación sea un procedimiento irracional[3]. La ponderación es perfectamente racional; «racional» en el sentido de la racionalidad medio-fin. Lo que pongo en duda

---

[1] S. GARDBAUM, «A Democratic Defense of Constitutional Balancing», *Law and Ethics of Human Rights* 4, núm. 1 (2010). Lo que en la tradición del *Common Law* se llama *Balancing* corresponde a lo que en la tradición de *Civil Law* se entiende por proporcionalidad [*Verhältnismassigkeit*] en sentido estricto. *Vid.* Th. A. ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the age of Balancing», *Yale Law Journal,* 96, núm. 5 (1987); M. KUMM, «Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights», *International Journal of Constitutional Law,* 2, núm. 3 (2004). Para interesantes críticas al uso de la ponderación, *vid.* B. CALI, «Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions,» *Human Rights Quarterly,* 29, núm. 1 (2007) y S. TSAKYRAKIS, «Proportionality: An assault on Human Rights?», *International Journal of Constitutional Law,* 7, núm. 3 (2009). No deja de ser curioso que la ponderación sea tomada como modelo de razonamiento sobre los derechos, cuando el éxito de los derechos en el pensamiento político-moral en las últimas décadas se ha basado, en gran medida, en el hecho de ser entendidos como estableciendo límites a la ponderación (utilitarista), como «triunfos» frente a consideraciones de utilidad, según la metáfora de DWORKIN.

[2] L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, 216. Para una interesante presentación que muestra la importancia creciente de la argumentación jurídica una vez que el modelo de la codificación entra en crisis, *vid.* M. LA TORRE, «Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation», *Ratio Juris,* 15, núm. 4 (2002).

[3] La crítica sobre la irracionalidad de la ponderación suele ser poco clara. Hay que reconocer que en el caso de HABERMAS, no fue formulada de manera muy feliz (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, 315-316). A mi juicio, el problema no es la irracionalidad del procedimiento, sino de la decisión llevada a cabo por el procedimiento cuando se aplica a normas entendidas como valores, como argumentaré después.

es que *esa* concepción de la racionalidad medio-fin sea apropiada para guiar la decisión judicial en los casos en que hay un conflicto entre derechos fundamentales.

La pregunta central que formulo es simple: dado que todo el mundo acepta que la perspectiva del juez cuando decide una sentencia debe ser en general deontológica (salvo que enfrente una catástrofe, tal vez), ¿por qué cuando este mismo juez reconoce que hay un conflicto entre derechos debería abandonar esa perspectiva deontológica y pasar a ponderar valores? No he encontrado ninguna respuesta convincente a esta pregunta por parte de los que defienden el uso del juicio de ponderación. Presumiblemente porque suponen que la ponderación es inevitable en estos casos. Trataré de mostrar que no es inevitable ponderar para tomar una decisión racional en estos casos, y que en el caso específico de la decisión judicial, cuanto más los jueces eviten ponderar, mejor será la decisión en términos de racionalidad jurídica.

Para demostrar esta tesis caracterizaré las dos formas básicas que el razonamiento práctico de un agente decisor puede adoptar en casos de conflicto entre principios prácticos en general: la forma *teleológica* y la forma *deontológica*. Y argumentaré contra la idea de que la forma teleológica de resolver el conflicto — la ponderación de valores — sea el único procedimiento adecuado para resolver racionalmente un conflicto entre principios prácticos, sean morales o jurídicos. En síntesis, quisiera defender que el juicio de ponderación:

a) no es el único procedimiento racional para decidir un conflicto entre principios, y que por tanto no es inevitable usarlo;

b) no es el más apropiado en todas las circunstancias en que hay un conflicto entre principios; y que

c) no es el más apropiado especialmente en el caso de la decisión judicial que enfrenta un conflicto entre derechos fundamentales.

Antes de tratar de defender estas tesis, recordaré la estructura del juicio de ponderación en su versión más difundida, la de Robert ALEXY, y caracterizaré los dos escenarios que representan de manera diferente el conflicto entre principios prácticos: el teleológico y el deontológico.

1. EL JUICIO DE PONDERACIÓN

Los conflictos entre derechos son conflictos entre normas que tienen la forma de principios y no de reglas. Quienes consideran inevitable la ponderación suelen representar el conflicto como un conflicto entre valores. Así, por ejemplo, para Robert ALEXY, el filósofo del derecho más influyente defensor de la ponderación, concebir los derechos fundamentales como principios significa entenderlos como «mandatos de optimización» y, por esa misma razón, como aplicables exclusivamente por medio de un juicio de ponderación. Entendidos de esa manera, los principios son normas que —a diferencia de las reglas— no determinan exactamente lo que debe hacerse sino que ordenan «que algo sea realizado en la mayor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas existentes»[4]. Para establecer esa «mayor medida posible» es nece-

[4] R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986.

sario confrontar el principio en cuestión con las exigencias que plantean principios o valores opuestos.

El juicio de ponderación es un juicio de valor comparativo. Lo que se compara es el grado de importancia de la realización de un principio y el grado de interferencia o de no satisfacción del otro:

> cuanto mayor es el grado de no satisfacción de [o interferencia en] un principio, mayor debe ser la importancia en satisfacer o realizar el otro[5].

Aunque no usa valores numéricos, la ponderación tiene la forma de un juicio costo-beneficio. Se trata de determinar si las ventajas que se siguen de la satisfacción de un principio compensan las pérdidas que se siguen de la interferencia en el otro. El juicio de ponderación representa una exigencia de maximizar la realización de los valores involucrados en el conflicto y, por tanto, de minimizar todo tipo de interferencia en los derechos fundamentales. Es importante percibir que, para esta perspectiva, *todo tipo de interferencia* es vista como negativa, *no importa las razones por las cuales la interferencia es realizada*.

Como es obvio, la necesidad de ponderar en los casos de conflicto se sigue de la concepción específica de los principios que ALEXY defiende. La «conexión lógica» que ALEXY afirma que existe entre derechos y ponderación no se sigue, sin más, de entender que los derechos fundamentales tienen forma de principios; se sigue de entender que todos los principios tienen la forma de mandatos de optimización[6]. Su teoría sería válida si para justificar una decisión en el caso de un conflicto entre principios siempre fuera necesario ponderar los valores involucrados en el conflicto. Pero ese no es el caso. Todo depende de la concepción del razonamiento práctico que se presuponga.

2. DOS ESCENARIOS PARA EL CONFLICTO DE PRINCIPIOS

En los conflictos morales se muestra de modo dramático el tipo de colisión normativa que nos interesa examinar. A veces es llamada colisión «externa», «situacional» o «contingente», porque no se manifiesta en las relaciones entre las normas en abstracto, sino solo en la situación concreta de aplicación: dos normas válidas conducen a dos jui-

---

[5] *Ibid.* Basado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, el juicio de ponderación es parte del llamado Principio de Proporcionalidad. Este aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: el de *idoneidad*, el de *necesidad*, y el de *proporcionalidad en sentido estricto* (este último es el juicio de ponderación). Cada uno de los tres subprincipios expresa una exigencia gradual que toda interferencia en los derechos fundamentales tiene que cumplir para poder considerarse justificada:

1. según el subprincipio de idoneidad, toda interferencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o adecuada para alcanzar el fin (constitucionalmente legítimo) que se propone;
2. según el subprincipio de necesidad, la interferencia en los derechos fundamentales debe ser necesaria, en el sentido de no existir otra alternativa, tan eficaz como la primera pero menos gravosa para los otros principios o derechos afectados;
3. según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, las ventajas que se obtienen con la interferencia en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que implican para sus titulares y para la sociedad en general.

[6] ALEXY entiende por principios lo que DWORKIN entendía por directrices (*policies*). Además de distinguir entre reglas y principios en general, DWORKIN distinguía entre principios, en sentido estricto, y directrices (*policies*), entendiendo estas últimas como normas que establecen fines a ser alcanzados, i. e., exigen la realización de un estado de cosas, razón por la cual siempre pueden ser realizadas de forma gradual. *Vid.* R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, 22.

cios de deber singulares incompatibles y superpuestos, a dos obligaciones imposibles de ser cumplidas simultáneamente.

Tomemos el ejemplo más usado para discutir el tema, y que —desde que David Ross lo introdujo se ha transformado en el ejemplo modelo—[7]. Prometí a un amigo ir a su fiesta, pero ahora sucede que otro amigo está enfermo y reclama mi presencia. En mi sistema normativo rigen simultáneamente dos obligaciones: se debe cumplir las promesas y se debe ayudar a los amigos en caso de necesidad. En abstracto no hay ninguna contradicción entre ambas normas. Ellas son perfectamente compatibles. Sin embargo, en determinadas situaciones pueden entrar en conflicto. Dado que el conflicto no puede ser resuelto declarando inválida a una de las normas, es necesario decidir cuál de ellas va a tener prioridad en las circunstancias concretas.

Lo que hace especialmente difícil este tipo de conflicto normativo es que no puede ser resuelto apelando a algún criterio que permita colocar en abstracto las normas en un orden lexicográfico. Esa es justamente la razón por la cual el tema ha sido tan discutido en la filosofía del derecho en los últimos años. Porque los criterios tradicionalmente aplicados en el derecho para la resolución de antinomias no pueden ser aplicados en estos casos de conflicto entre principios, precisamente porque las normas no tienen la forma de reglas: ni el criterio jerárquico (la ley superior deroga la ley inferior), ni el cronológico (la ley posterior deroga la ley anterior), ni el de especialidad (la ley especial deroga la ley general). Tenemos aquí un conflicto entre dos normas válidas que continúan siendo válidas después de tomada la decisión. No es posible definir en abstracto la contradicción, ni prever con certeza las situaciones en las cuales las normas entrarán en colisión. Solamente en el caso concreto podremos justificar la opción por la prioridad de una norma sobre la otra. Además, la norma a la que se dio prioridad en una situación concreta puede no ser la misma escogida en otra situación en la que las mismas dos normas vuelven a colidir. Es por eso que —se afirma—es necesario ponderar para decidir lo que, dadas las circunstancias, sería correcto hacer.

Hay un sentido en que ello es obvio, si con «ponderar» entendemos la consideración y evaluación de la importancia de las razones relevantes. Necesitamos reflexionar y justificar la decisión a la luz de las diversas exigencias que nos son puestas por la situación. Pero la idea de ponderar en el sentido de «sopesar» puede terminar enmascarando el verdadero funcionamiento de las razones.

Con la idea de una ponderación (en inglés, *balancing* o *weighing*; en alemán, *Abwägung*) suele entrar en escena una poderosa metáfora, que es por lo menos tan antigua como la idea justicia: la metáfora del peso, y concomitantemente, de una balanza que establece el peso. Se trata de una metáfora irresistible, pero no deja de ser una metáfora, y por eso tiene que ser siempre interpretada. Decidir algo racionalmente significa poder justificar la decisión sobre la base de razones, pero las razones son enunciados lingüísticos, y los enunciados lingüísticos no pesan. ¿Cómo medir el peso de las razones?

En principio, no hay problema en dar el nombre de «ponderación» al procedimiento por medio del cual evaluamos la relevancia (el «peso») de las razones que se confrontan. Algún nombre tenemos que dar a eso que hacemos cuando tenemos que

[7] D. Ross, *The Right and the Good*, Indiana, Hackett Publishing Company [1930] 1988.

decidir qué hacer y evaluamos diferentes tipos de razones para justificar la elección. Nada parece más natural en este contexto que hacer una distinción entre, por ejemplo, razones *prima facie* válidas a favor de realizar una acción y razones «ponderadas». La cuestión relevante a ser discutida es cómo se hace eso, o sea, cuál es la forma de razonamiento práctico usada en estos casos.

Tal como adelanté, creo que podemos distinguir dos formas básicas de razonamiento práctico que el agente decisor puede adoptar: teleológica y deontológica. Mientras que en el primer caso se trata de llegar a una decisión sopesando bienes o valores, en el segundo caso se trata de producir un argumento que muestre que la decisión «se ajusta» al caso a la luz del sistema normativo presupuesto. En el primer caso la decisión es consecuencialista y obedece a la lógica «del bien». Se trata de encontrar, a la luz de los valores en conflicto, la mejor solución, la óptima. En el segundo caso, se procura una solución que pueda considerarse «correcta» a la luz de las normas presuntamente aplicables; el razonamiento obedece en este caso a la lógica «del deber»[8].

Quisiera presentar más en detalle la perspectiva deontológica, porque tal vez sea menos obvia para el sentido común[9]. Quien se mueve en la perspectiva teleológica puede no ver mucha diferencia entre una deliberación en primera persona sobre lo que, en una determinada situación, «sería bueno hacer» o «sería correcto hacer», pero la perspectiva deontológica ve aquí dos cuestiones bien diferentes: la cuestión del bien y la cuestión de lo correcto. Al discutir el ejemplo mencionado entre las presuntas obligaciones para con los dos amigos, dice Ross:

> Y cuando pienso que es *correcto* aliviar el dolor al costo de no cumplir la promesa, *no es porque pienso que voy a producir un bien mayor*, sino porque pienso que en las circunstancias, ese el *deber que es más propiamente un deber*[10].

Personalmente no me queda del todo clara en sus detalles la posición de Ross, pero aquí solo me interesa percibir la perspectiva que presenta del agente decisor. Recordemos que fue David Ross, además, quien introdujo la noción de obligación (o deber) *prima facie* en oposición a la obligación (o deber) definitivo, y lo hizo justamente con la intención expresa de dar cuenta de la situación de conflicto de una manera mejor que la perspectiva consecuencialista. La decisión en el conflicto surge, para Ross, de una evaluación no consecuencialista, y por tanto deontológica, de las razones para actuar, de una «ponderación» (si así queremos llamarla) que no consiste en sopesar los valores en juego en la situación, sino en determinar una acción como la correcta o debida en las circunstancias de que se trata.

---

[8] Consecuencialistas son llamadas las teorías éticas que sostienen la prioridad de lo bueno sobre lo correcto. Lo correcto, para un consecuencialista, no solo está subordinado a lo bueno sino que ni siquiera se define de manera independiente de lo bueno: para un consecuencialista lo correcto es maximizar lo bueno. Deontológicas, por el contrario, son llamadas las teorías éticas que sostienen la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. En este caso, lo correcto no solo no está subordinado a lo bueno sino que establece restricciones a la persecución de lo bueno.

[9] Y porque, además, suele ser malinterpretada, o confundida con formalismo o, en el caso del deontologismo kantiano, con una obediencia ciega al deber o un rigorismo que se aferra fanáticamente a la letra de la ley. Espero quede claro que no es nada de eso a lo que me refiero cuando hablo de «perspectiva deontológica». Llamo a la perspectiva *deontológica* porque da primacía al concepto de deber, pero está muy lejos del rigorismo, justamente porque hay en esa perspectiva una sensibilidad mayor a los rasgos de las situaciones que en la perspectiva teleológica, como intentaré mostrar.

[10] D. Ross, *id.*, 18, mi traducción y énfasis.

Veamos cómo se presenta el escenario del conflicto para otra perspectiva deontológica, la kantiana. Puede parecer paradójico preguntarse cómo KANT se representa la situación de un conflicto normativo, porque —en rigor— el único lugar en toda su obra en que hace referencia a un conflicto de obligaciones es para negar que este pueda existir[11]. Pero es importante ver por qué lo dice. No puede haber conflicto de obligaciones, afirma KANT, porque objetivamente el conflicto no existe. El conflicto está en el sujeto, y es un conflicto entre razones para estar obligado [*Verplichtungsgründe*]. La *obligación* propiamente dicha —el juicio de deber definitivo— surge de la deliberación; no existe con anterioridad a ella. Por eso no puede haber para KANT, hablando estrictamente, conflicto de deberes:

> No obstante, en un sujeto y en la regla que él se prescribe pueden muy bien encontrarse dos razones de la obligación (*rationes obligandi*), de las que una u otra es, sin embargo, insuficiente para obligar (*rationes obligandi non obligantes*), porque entonces una no es deber. —Si dos razones semejantes se oponen entre sí, la filosofía práctica no dice entonces que la obligación más fuerte conserva la supremacía (*fortior obligatio vincit*), sino que la razón más fuerte para obligar conserva el puesto (*fortior obligandi ratio vincit*)[12].

El conflicto, para KANT, no es entre obligaciones, sino entre razones para obligaciones. Si el conflicto fuera entre obligaciones ya conformadas e independientes, tendría que ser resuelto por medio de una ponderación que atribuyera un peso diferente a cada una. En un conflicto de ese tipo «la obligación más fuerte vence». En cambio, en un conflicto entre razones para obligaciones «la razón más fuerte» no vence de la misma manera. KANT dice que ella «conserva el puesto» o, podríamos decir, «domina el campo»[13]. La metáfora sugiere que la razón más débil no puede ocupar el campo de la misma manera. Ella no tiene peso efectivo en las circunstancias, ni siquiera un peso menor. La obligación que surge de la deliberación es una razón decisiva para actuar que apaga a las razones opuestas. Eso no significa que la razón más débil tenga que ser ignorada para siempre. Ella puede dar lugar a una deliberación adicional. Para esta perspectiva, las razones están siempre disponibles en los rasgos que reconocemos como relevantes en las situaciones; las obligaciones tenemos que determinarlas. En eso consiste el razonamiento práctico.

Independientemente de la concepción kantiana, me interesa resaltar aquí algo más general. Y es que desde esa perspectiva deontológica es posible representarnos la situación deliberativa del conflicto entre principios como la de una tentativa de encontrar un tipo de acción que satisfaga de la mejor manera las múltiples exigencias y principios que se presentan como relevantes en la situación, y no de ponderar el peso de principios independientes[14].

Las cosas se presentan de manera bien diferente para un agente decisor que opera solamente con la forma de razonamiento teleológico. Cuando hay un conflicto entre

---

[11] Con excepción del opúsculo «Sobre el presunto derecho a mentir por amor a la humanidad», que no voy a considerar aquí. En la interpretación que desarrollo me apoyo en B. HERMAN, «Obligation and Performance», in *The Practice of Moral Judgment*, Harvard University Press, 1993, 159-183.

[12] I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela CORTINA, Madrid, Tecnos, 1989, 31.

[13] «... behalt den Platz» (Ak. VI, 224: «*Wenn zwei solcher Grunde einander wiederstreiten, so sagt die praktische Philosophie nicht: dass die starkere Verbindlichkeit die Oberhand behalte [...] sondern der starkere Verpflichtungsgrund behalt den Platz*»).

[14] O. O'NEILL, «Normativity and Practical Reason», in *Journal of Moral Philosophy*, vol. 4 (3), 2007, 393-405. *Vid.* también, de la misma autora, «Principles, practical judgment and institutions», in *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, 2000, 50-64.

dos obligaciones, él deberá «pesar» razones independientes y juzgar qué sea mejor o peor hacer. Hacer lo correcto será hacer lo mejor: maximizar la realización de las alternativas. Muchas veces la obligación que no fue satisfecha tiene un efecto residual. Era uno de los valores en conflicto, y continúa ejerciendo su peso. Fácilmente surge en este escenario una metáfora económica. La obligación que no fue realizada —que en este escenario era propiamente una obligación, y no una razón para obligación— tiene que ser compensada de alguna manera, ya que el agente no la cumplió. Hubo una omisión y, por tanto, hay una deuda que pagar. Un agente responsable debe «hacer el balance»[15]. En este escenario, justificar racionalmente una decisión siempre podrá ser una cuestión de grado. Habrá un más y un menos, una aproximación mayor o menor a un fin y, eventualmente, una compensación de un mal menor por un bien mayor.

3. POR QUÉ LOS JUECES NO DEBERÍAN ABANDONAR EL PUNTO VISTA DEONTOLÓGICO

Hemos caracterizado a grandes rasgos las dos formas básicas que, a nuestro juicio, el razonamiento práctico de un agente decisor puede adoptar en casos de conflicto entre principios prácticos en general. Aunque superficial, esta somera caracterización nos permitirá comparar los dos escenarios, reflexionar sobre la racionalidad de la toma de decisión y del agente decisor presupuestas en cada caso y sacar algunas consecuencias para pensar —en el caso específico de la argumentación jurídica— en el tipo de racionalidad que debería guiar la decisión judicial en casos de conflicto entre derechos fundamentales.

En primer lugar, hay una diferencia muy importante entre las dos perspectivas, que es previa a la deliberación, y que tiene que ver con cómo cada posición configura el escenario en el que se delibera. Para la perspectiva teleológica la situación de conflicto ya está configurada desde el vamos como tal. Todo lo que aparenta ser un conflicto es un conflicto. Se reconoce un conflicto de deberes como punto de partida. Ese no es el punto de partida para la perspectiva deontológica sino, en todo caso, un punto de llegada. Para esta perspectiva hay un conflicto de razones para el sujeto que delibera, pero no de deberes (por lo menos no de deberes definitivos). Habrá que determinar en la deliberación cuál de esas razones se configura como un deber (definitivo).

Como es obvio, esto tiene consecuencias muy importantes para la argumentación jurídica a la hora de conceptualizar los conflictos de derechos que tienen que ser decididos por los jueces. Para comenzar, hay una gran diferencia entre hablar de un

[15] B. Herman, *op. cit.*, 177, se refiere, en este contexto, a lo que llama problema de las «tres R»: remordimiento, reparación y resto (*remorse*, *restitution* y *remainders*). Es importante percibir que para la posición teleológica estos conceptos se justifican porque el agente ha hecho algo incorrecto. Por cumplir una obligación ha dejado de cumplir otra, o, en el caso de los derechos, para realizar un derecho se ha restringido otro. Para la posición deontológica, en cambio, el remordimiento o la restitución no tendrían razón de ser, ya que se considera que el agente ha realizado la acción correcta. Sin embargo, el agente puede reconocer que, *luego de haber actuado y hecho lo correcto*, la nueva situación plantea una nueva exigencia en su deliberación. Por ejemplo, para retornar al ejemplo de Ross, justificar al primer amigo el no cumplimiento de la promesa, o al segundo amigo el no responder a su pedido, dependiendo de la decisión que haya sido tomada en el conflicto, no significa reconocer que se ha hecho algo malo, sino tener en cuenta que el otro tenía una expectativa con respecto a nuestro comportamiento que no se realizó.

conflicto entre derechos y hablar de un conflicto entre pretensiones de derecho. Al fin y al cabo, que se trate de un verdadero conflicto de derechos es algo que tendría que ser mostrado. Cuando aceptamos que dos derechos están en conflicto ello implica que aun cuando un derecho pueda al final no ser reconocido o garantizado, era de todos modos un derecho real que estaba en juego, y no solamente una pretensión que tenía que ser considerada para determinar qué derechos había en juego. Para la perspectiva teleológica todo lo que aparece como un conflicto entre derechos es un conflicto entre derechos. El problema de aceptar que todo lo que aparece como un conflicto es un conflicto no es solamente que muchos conflictos entre derechos puedan venir a revelarse como aparentes, sino también que puede haber más derechos en juego en la situación que se está juzgando, derechos que simplemente se pasan por alto por atenerse al conflicto entre dos derechos tal como aparece configurado en el inicio.

Esta distinción entre los dos escenarios del conflicto nos lleva a poner en duda la inevitabilidad de la ponderación. La ponderación es inevitable solo para quien ya se representó una situación de conflicto en la que se plantean exigencias independientes y simultáneas; en el caso específico de un conflicto de derechos fundamentales: solo para quien entiende que los derechos ya estaban plenamente configurados antes de iniciar la deliberación decisoria. Nótese que si los derechos ya están plenamente configurados, es poco lo que la argumentación decisoria puede agregar, por eso se hace necesario ponderar. El papel que la argumentación desempeña en la decisión es mucho más importante para la perspectiva deontológica, porque se hace necesario caracterizar detalladamente la situación para determinar qué deberes (o derechos) hay en juego en la situación, y ello exige interpretar y concretizar los derechos ligándolos a la situación.

En segundo lugar, como ya apuntamos, las dos concepciones del razonamiento práctico divergen sobre el tipo de razones que fundamentan la decisión. La perspectiva teleológica, más fiel a la metáfora del sopesar, entiende que la decisión correcta es aquella que representa la mejor alternativa, calculada en función de un balance entre el bien y el mal que previsiblemente producirá la decisión. Por eso la hemos caracterizado como consecuencialista. Desde esta perspectiva, la decisión considerada «correcta» será aquella que maximiza la realización de los valores en conflicto. La perspectiva deontológica, por el contrario, entiende que la decisión racional a tomarse en la situación no se basa, en principio, en las (buenas) consecuencias previstas. Las normas en conflicto no se perciben primariamente como valores que deben ser realizados en la mayor medida posible. No se hace un cálculo costo-beneficio, ni se piensa en la compensación de un mal menor por un bien mayor, sino que se procura llegar a una decisión «correcta» (debida) en las circunstancias a la luz de las normas reconocidas como válidas y presuntamente aplicables en la situación.

¿Qué consecuencias se siguen de representar los principios en conflicto como valores, como lo hace la perspectiva teleológica, o considerarlos simplemente como normas abiertas (o sea, como normas que no tienen la forma de reglas sino de principios), como lo hace la perspectiva deontológica? [16].

---

[16] Es necesario tener cautela y no caracterizar la oposición entre deontologistas y teleologistas, sin más, en términos de la oposición entre normas y valores, porque el deontologista puede hablar el lenguaje de los valores y porque es innegable que las normas encarnan valores. La diferencia en las posiciones está en que para

Si los principios son entendidos como valores, no hay necesariamente un ordenamiento entre ellos, salvo que se establezca una jerarquía. No necesito recordar en este contexto los problemas que se siguen de establecer en abstracto una jerarquía de valores que, justamente, es la que tiene que ser revisada en los casos en que reconocemos un conflicto. De eso estamos hablando. Los valores pueden formar una constelación pero no hay ninguna necesidad de que conformen un orden sistemático. En cambio, las normas tienen que concebirse ordenadas en un sistema para que podamos considerarlas como un conjunto de normas presuntamente aplicables en una situación.

Un problema adicional en la concepción de los principios de ALEXY es que no solo los concibe como valores, sino exclusivamente como valores a ser maximizados. Pero no todos los valores son de un tipo tal que exigen ser maximizados. Algunos valores manifiestamente exigen no ser violados, o ser respetados, no ser maximizados. Por ejemplo, el valor de igualdad. Tomemos, por caso, una formulación jurídica del principio de igualdad: «El Estado no podrá hacer ningún tipo de discriminación negativa basada en sexo, raza, religión, etc.». Damos el nombre de principio a esta norma a causa de la configuración abierta de sus condiciones de aplicación. Sin embargo, en la norma hay una descripción de una conducta prohibida que no es indeterminada y que no supone una realización gradual: la acción de discriminar negativamente. La exigencia es de un cumplimiento pleno. No tiene sentido pensar en un cumplimiento gradual (como si el principio pudiera significar algo así como «dependiendo de los principios que operen en sentido contrario, discrimine lo menos posible»)[17]. ¿Qué significa la afirmación de que los principios tienen que ser realizados «en la mayor medida posible»? La idea de una realización máxima de los principios sugiere que si no hay principios que operen en sentido contrario ellos deberían ser realizados completamente. Pero eso no parece tener sentido en muchos casos. Por eso, la interpretación más plausible para la afirmación de que los principios deben ser realizados «en la mayor medida posible» parece ser que ellos deben ser realizados «en la medida correcta»[18].

---

el deontologista el conflicto se plantea en términos de un conflicto de normas (aunque estas encarnen valores), y la solución del conflicto —el ajuste de los «valores» que soluciona el conflicto— no es realizado por medio de una ponderación teleológica. DWORKIN, por ejemplo, muchas veces hablaba en términos de valores pero lo hacía, sin embargo, desde una perspectiva deontológica: la integridad siempre se opone a la ponderación. *Vid.,* por ejemplo, en su último libro, el capítulo 11, donde opone explícitamente las dos estrategias para compatibilizar o armonizar principios: *Balance and integrity*. R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, 260 y ss.

[17] Así lo apuntan M. ATIENZA y J. MANERO, «Sobre Principios y Reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10 (1991). Nótese que la *igualdad* puede ser la finalidad de una política (en el sentido de un estado de cosas a ser alcanzado de forma gradual) pero, justamente, se supone que una política dirigida a promover la igualdad no debe violar la igualdad entendida como derecho. Trato este tema en M. VELASCO, *¿Qué es la justicia? Argumentos filosóficos sobre lo justo y lo injusto,* Buenos Aires, Eudeba, 2011.

[18] K. MÖLLER, «Balancing and the structure of constitutional rights», *I.Con*, vol. 5, núm. 3, 2007, 453-468. Otro problema para la posición de ALEXY es el de la compatibilidad entre la ponderación y la pretensión de corrección. La base epistemológica del principio de proporcionalidad es la relación entre medios y fines, por ese motivo la aplicación del principio no puede garantizar la corrección. De hecho, entre el conjunto de las reglas del discurso catalogadas por ALEXY, el principio de ponderación forma parte de aquellas reglas que plantean exigencias de racionalidad que son válidas independientemente de la teoría del discurso. Ellas pueden ser usadas monológicamente y no forman parte de aquellas reglas más específicas que garantizan la imparcialidad. No se ve cómo, entonces, el juicio de ponderación puede satisfacer la pretensión de corrección en sentido fuerte que para el propio ALEXY todo enunciado jurídico plantea.

Vayamos, para concluir, al asunto central: por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica cuando deciden conflictos entre derechos. Todo el mundo acepta, por lo menos en los sistemas jurídicos basados en constituciones con derechos firmemente establecidos, que la perspectiva del juez cuando decide una sentencia debe ser primariamente deontológica. Como es obvio, un juez no puede, por ejemplo, condenar a un inocente para evitar grandes disturbios. La función del juez en el sistema jurídico es hacer respetar los derechos. Puede también, y es deseable que lo haga, promover situaciones en las que se respeten más los derechos, pero el juez tiene *siempre* que respetar él mismo los derechos. No puede, para minimizar las violaciones de derechos, violar ningún derecho. Como NOZICK advirtió con claridad en este punto, no es posible pensar en un «utilitarismo de derechos»[19]. Sería un contrasentido. Los derechos funcionan como restricciones laterales (*side constraints*) para las acciones teleológicas; establecen límites deontológicos a la persecución de lo bueno.

¿Por qué, entonces, cuando este mismo juez reconoce que hay un conflicto entre derechos debería abandonar esa perspectiva deontológica y pasar a ponderar valores? Muchos consideran que pasar a adoptar una perspectiva teleológica-consecuencialista en tales casos es inevitable, otros reconocen que no es inevitable pero la recomiendan como valiosa «en el resquicio que se produce como resultado del conflicto de derechos»[20].

He intentado mostrar que no es inevitable. Es inevitable solo para quienes tienen una concepción teleológica de los derechos. Por ejemplo, para ALEXY. Dada su concepción de los principios como directrices —como mandatos de optimización— es obvio que todo conflicto posible entre ellos será conceptualizado como exigiendo la ponderación de los valores en conflicto, de manera que la única manera racional de resolverlo consistirá en maximizar la realización de ambos valores. Pero no hay ninguna necesidad de concebir que *todos* los principios tengan necesariamente esa estructura teleológica y, por tanto, de tener esa concepción teleológica de los derechos.

Para quien defiende una concepción deontológica de los derechos, en cambio, no solo no es inevitable ponderar sino que el conflicto se presenta, en principio, como un conflicto entre «pretensiones de derecho». El argumento empieza antes. Y justamente porque el argumento empieza antes creo que, independientemente de la concepción deontológica específica que se defienda en cada caso, hay más posibilidades de que la decisión sea mejor en términos de racionalidad jurídica[21]. Desde esta perspectiva, es

---

[19] R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopie*, Blackwell, 1974, 28 y ss.

[20] Martín FARRELL, por ejemplo, reconoce que, en los países que tienen constituciones con derechos firmemente establecidos, el sistema jurídico exige claramente que el juez obre como un deontologista y que así debe hacerlo, pero sostiene que en los casos de conflictos entre derechos el juez debe practicar el cálculo consecuencialista. «Aquí Dworkin no tiene nada que decir, ya que los derechos son cartas de triunfo respecto de la utilidad, pero no —obviamente— respecto de otros derechos. Y es en este tipo de casos que yo sugiero precisamente que el juez debe aplicar el razonamiento consecuencialista». [...] No obstante, alguien podría intentar describir la cuestión de otra forma. Ante dos derechos en conflicto las restricciones se cancelan y el juez puede seguir actuando como un deontologista [...] yo prefiero decir que —en el resquicio que se produce como resultado del conflicto de derechos— el juez obra como un consecuencialista» (M. FARREL, «Los planes económicos y la Corte Suprema», en *Filosofía del Derecho y Economía*, Buenos Aires, Ediciones La ley, 2006, 11).

[21] Juan GARCÍA AMADO sostiene que hay menos rigor argumentativo en la ponderación, porque cuando los jueces ponderan dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas. J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus

necesario argumentar sustantivamente sobre lo que sería correcto hacer en esa situación, y ello nos fuerza a interpretar y concretizar el significado de los derechos en la situación[22]. Es necesario mostrar que una de las dos normas presuntamente aplicables es *la más adecuada* para *esa* situación, y eso supone que estamos teniendo en cuenta todos los rasgos relevantes de la situación, algo que solo podemos hacer a la luz de las normas presuntamente aplicables, que a su vez están siendo concebidas como formando parte de un sistema coherente[23].

Hay otra razón muy importante para para negar que los jueces deban ponderar. Hasta ahora hemos visto que entender los derechos como *valores* o entenderlos como *normas* deontológicas tiene consecuencias muy importantes. Hemos hablado de la distinción entre la «lógica del bien» y sobre la «lógica del deber», pero no hemos dicho lo suficiente sobre la diferencia que hay con respecto a *quién* razona sobre los derechos usando esas lógicas, si los jueces o los ciudadanos. Este es un aspecto enfatizado en la crítica que HABERMAS dirige a ALEXY. Los ciudadanos pueden y deben ponderar sobre valores y sobre fines, porque los ciudadanos deben legislar. Pero los jueces no deben legislar sino aplicar la ley, por eso no deben ponderar[24].

BIBLIOGRAFÍA

ALEINIKOFF, Th. A., 1987: «Constitutional Law in the Age of Balancing», *Yale Law Journal,* 96, núm. 5, 943-1005.

ALEXY, R., 1986: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp.

— 2003: «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Iuris,* 16, núm. 2, 131-140.

ATIENZA, M., y MANERO, J., 1991: «Sobre Principios y Reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10.

CALI, B., 2007: «Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions», *Human Rights Quarterly,* 29, núm. 1, 251-170.

DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.

— 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

FARREL, M., 2006: «Los planes económicos y la Corte Suprema», *Filosofía del Derecho y Economía*, Buenos Aires: Ediciones La Ley, 1-18.

GARCÍA AMADO, J. A., 2006: «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en R. SANIN RESTEPO (ed.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado*, Bogotá: Legis, 120-163.

GARDBAUM, S., 2010: «A Democratic Defense of Constitutional Balancing», *Law and Ethics of Human Rights,* 4, núm. 1.

GÜNTHER, K., 1988: *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt: Suhrkamp.

---

partes. Crítica de su escasa relevancia», en R. SANIN RESTEPO (ed.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado*, Bogotá, Legis, 2006, 120-163.

[22] Hay varias posiciones que enfatizan en este proceso, y que no solo provienen de la hermeneútica. *Vid.,* por ejemplo, la defensa del especificacionismo de Christopher WELLMAN (Ch. H. WELLMAN, «On Conflicts between Rights», in *Law and Philosophy*, vol. 14 (1995), 271-295.

[23] Esta es, a muy grandes rasgos, la posición de Klaus GÜNTHER, en la que se basa HABERMAS para criticar a la teoría de ALEXY (K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1988).

[24] No olvidemos que en la posición de ALEXY la defensa de la ponderación va junto con la tesis de que los jueces constitucionales son los «representantes argumentativos» de los ciudadanos.

HABERMAS, J., 1992: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp.

HERMAN, B., 1993: «Obligation and Performance», *The Practice of Moral Judgment*, Harvard University Press, 159-183.

KANT, I., 1989: *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela CORTINA, Madrid: Tecnos.

KUMM, M., 2004: «Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on a Theory of Constitutional Rights», *International Journal of Constitutional Law,* 2, núm. 3, 574-596.

LA TORRE, M., 2002: «Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation», *Ratio Iuris,* 15, núm. 4, 377-402.

MÖLLER, K., 2007: «Balancing and the structure of constitutional rights», *I.Con,* vol. 5, núm. 3, 453-468.

NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State and Utopie*, Blackwell.

O'NEILL, O., 2000: «Principles, practical judgment and institutions», *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, 50-64.

— 2007: «Normativity and Practical Reason», *Journal of Moral Philosophy*, vol. 4 (3), 393-405.

PRIETO SANCHÍS, L., 2003: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

ROSS, W. D., 1930: *The Right and the Good*, Indiana: Hackett Publishing Company, 1988.

TSAKYRAKIS, S., 2009: «Proportionality: An Assault on Human Rights?», *International Journal of Constitutional Law,* 7, núm. 3, 468-493.

VELASCO, M., 2011: *¿Qué es la justicia? Argumentos filosóficos sobre lo justo y lo injusto*, Buenos Aires: Eudeba.

WELLMAN, Ch. H., 1995: «On Conflicts between Rights», *Law and Philosophy*, vol. 14, 271-295.

EMERGENCIA JURÍDICA Y OBJETIVIDAD. REFLEXIONES FILOSÓFICAS EN TORNO AL CONTROL JUDICIAL DEL PRESUPUESTO HABILITANTE*

Matías Parmigiani

Universitat de Girona, Universidad Nacional de Córdoba, CONICET

RESUMEN. Realizo en el presente trabajo una revisión de la doctrina judicial prevaleciente en una parte importante de Iberoamérica con respecto al control del «presupuesto habilitante» en el que descansa la legislación de emergencia. Según la doctrina en cuestión, a menos que haya un evento, hecho, circunstancia o situación de emergencia objetivamente comprobable, ninguna ley de emergencia podrá ser convalidada en sede jurisdiccional. A la hora de fundamentar esta exigencia, sin embargo, la doctrina parece realizar una serie de presuposiciones filosóficas de dudosa justificación. Mi cometido será doble: por un lado, consistirá en reconstruir qué entiende la doctrina por «objetividad»; y, por el otro, consistirá en criticar esta noción, en particular por estar ligada a una comprensión valorativamente aséptica de la función política difícilmente defendible.

Palabras clave: emergencia jurídica, control judicial, objetividad, valoración.

Legal Emergency and objectivity. Philosophical Reflections on the Judicial Control of the Facts

ABSTRACT. In the present paper I try to conduct a general review of the legal doctrine prevailing in an important part of Iberoamérica, especially regarding the control of the facts that underlie emergency legislation. According to the doctrine under analysis, unless an event, fact, circumstance or situation proves to be objectively verifiable, no emergency law would reunite the conditions to be validated by the judiciary. However, when it comes to understand what such requirement means to the doctrine, some dubious philosophical assumptions are put on display. My task is twofold: firstly, it is to reconstruct what the doctrine really means by «objectivity»; and, secondly, it is to criticize this notion, for being linked to a value-free conception of political action hardly appealing.

Keywords: legal emergency, judicial control, objectivity, valuation.

* Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación: 10 de junio de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.17

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA EMERGENCIA JURÍDICA Y EL CONTROL DEL PRESUPUESTO HABILITANTE

Todo sistema jurídico supone la posibilidad de regular la conducta humana en procura de tornar más previsible —y pacífica, según sería de esperar —la vida de una comunidad (*cfr.* ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2002: 202; asimismo, OROZCO HENRÍQUEZ, 2003: 300; COMANDUCCI, 1999: 98). Más aún, tan básica y elemental es la función de la previsibilidad que la noción misma de «Estado de derecho», con todas las garantías individuales que de ella se siguen, parece presuponerla conceptualmente (RAZ, 2001; FERRAJOLI, 2001: 36 y ss. y ÁVILA, 2012: 91-92).

Entre las normas que componen un ordenamiento jurídico, las hay de diferentes clases: normas que prohíben, normas que obligan, normas que permiten y normas que facultan la realización de ciertas conductas. Dentro de esta última clase de normas, existe en algunos países una tipología muy particular. Por medio de ella, los poderes políticos del Estado —sean estos el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo— son facultados a declarar una emergencia pública cuando ciertas condiciones excepcionales tornan inaplicable la legislación imperante. Con la declaración de una emergencia pública, surge el denominado «derecho de la emergencia», que puede ser definido como un sistema de normas caracterizado por al menos cuatro notas distintivas: *a)* es dictado para resolver una coyuntura; *b)* su tratamiento escapa de los canales ordinarios previstos para la sanción de normas; *c)* sus disposiciones se apartan de las de aquel sistema de normas previsto para funcionar en la normalidad; y *d)* su aplicación usualmente supone la generación de consecuencias desfavorables para todos o algunos de sus destinatarios (en el sentido que supone la privación de algún bien de los mismos) que no se encontraban previstas en el sistema de normas establecido para tiempos de normalidad (*cfr.* GUIBOURG, 2003: 6-9).

Que este derecho exista en algunos países ya resulta de por sí una cuestión que levanta una inmensa polvareda filosófica. Por definición, el derecho de emergencia viene a plantear, como dice Ciuro CALDANI, «una ruptura de la lógica positiva de las normatividades por la crisis de los casos planteados en sus antecedentes», negándose mediante este derecho «lo que en principio se promete» (Ciuro CALDANI, 2007: 37). Por la misma razón, la existencia de un instituto como este en el entramado de un Estado de derecho suscita una paradoja inocultable: si lo propio del estado de emergencia (o excepción, como también usualmente se lo denomina) es, al decir de AGAMBEN, «una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomia estar inscripta en el orden legal?» (AGAMBEN, 2007: 59).

A fuer de ser honestos, debe aclararse que el derecho de la emergencia ha estado y aún está presente incluso en aquellos ordenamientos jurídicos carentes de cláusulas regulatorias expresas. Por razones consuetudinarias, prudenciales y de diversa índole, la invocación de este derecho por parte del poder político pudo ser —y, en algunas circunstancias, de hecho *ha sido* —perfectamente capaz de obtener las mismas credenciales de legitimidad que usualmente detenta la invocación del derecho ordinario

expresamente regulado (*vid.* AGAMBEN, 2007: 37)[1]. En contraposición a esta suerte de optimismo permisivo, todavía pervive en la memoria de muchos el eco resonante del art. 48 de la Constitución de Weimar y las consecuencias políticas nefastas que su utilización por sucesivos gobiernos trajo aparejadas. Pero más allá de estas particularidades históricas y los análisis que susciten, lo cierto es que gran parte de nuestros actuales sistemas constitucionales contienen provisiones de emergencia expresas. Resulte o no paradójica la inscripción de la anomia en el orden legal, todo parece indicar que este tipo de diseño normativo no persigue otro objetivo que el de contener hasta donde sea posible el grado de anomia admitido mediante una limitación de la discrecionalidad del Poder Político.

Tómense por lo pronto dos casos como indicadores: el de la vigente Constitución Argentina y el de la (asimismo vigente) Constitución Española. En el primer caso, la potestad de apelar al instituto de la emergencia está consagrada en los arts. 23 (sobre el estado de sitio), 76 (referido a la emergencia pública cuando habilita —excepcionalmente— en el Ejecutivo la delegación legislativa) y 99, inc. 3 (referido a la potestad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia). Este último artículo sostiene que el Poder Ejecutivo solo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo «cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos». A estas restricciones de carácter material, el artículo añade otras de carácter formal o procedimental, entre las que cabe mencionar la exigencia de que los decretos sean decididos en acuerdo general de ministros, el lapso en el que la medida debe ser sometida por el Jefe de Gabinete de ministros a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, o el tiempo y el modo en el que ella debe ser tratada por esta misma comisión.

En el caso de la Constitución Española ocurre algo similar. La apelación al instituto de la emergencia ha sido consagrada por los arts. 116 (sobre los estados de alarma, de excepción y de sitio) y 86 (referido, una vez más, a la potestad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia). Lo que establece este segundo artículo es que las disposiciones legislativas provisionales que dicte el Gobierno «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general» (inc. 1). Por otro lado, los dos incisos restantes (inc. 2 y 3) fijan los requisitos formales que todo Decreto-ley debe satisfacer, como su plazo máximo de envío al Congreso o los tiempos que este puede tomarse para su convalidación o derogación.

Otros casos tanto dentro como fuera de Iberoamérica podrían haberse tomado como botones de muestra. El resultado sería el mismo. Según me atrevo a aventurar, en casi todos ellos se constataría lo que estos ejemplos ponen en evidencia, a saber: que la potestad de dictar legislación de emergencia está condicionada por la presencia

[1] Jurisprudencialmente los antecedentes sobran. Por ejemplo, en la República Argentina, antes de la sanción de la Constitución de 1994 que vino a regular el dictado de decretos de necesidad y urgencia, varias leyes de emergencia fueron avaladas por el Poder Judicial. *Vid.* al respecto el volumen de la Corte Suprema de Justicia, *Decretos de necesidad y urgencia: Secretaría de Jurisprudencia*, Primera Edición, Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto de 2010.

de resguardos de tipo procedimental y sustantivo claramente delimitados. Por si fuera poco, estos mismos resguardos previstos en nuestros textos constitucionales suelen ir acompañados de legislación anexa tendente a especificar aún más su naturaleza. En Argentina, tal es el caso de la Ley 26.122 (sancionada el 20/07/2006 y promulgada el 27/07/2006); en España, lo mismo sucede con el art. 151 incorporado en el Título VI («Del control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley») del Reglamento del Congreso de los Diputados (promulgado el 10/02/1982).

Aquí, sin embargo, no me ocuparé de ninguno de estos resguardos. Aunque las limitaciones materiales constitucionalmente impuestas a la potestad de promulgar legislación de emergencia seguramente generarán dificultades (pienso, por ejemplo, en la dificultad interpretativa que podría suscitar en Argentina la cuestión de delimitar si una tasa es un tributo u otras análogas) y aunque los requisitos procedimentales previstos puedan resultar igualmente vagos, ambiguos o hasta insuficientes (en Argentina, a diferencia de España, cuando un decreto no es tratado por la Comisión Bicameral Permanente se considera tácitamente convalidado, lo cual no está contemplado expresamente en ley alguna), a mi juicio ninguno de esos problemas reviste la complejidad e importancia que recubren al tercer requisito o resguardo, hasta aquí omitido. Me refiero al denominado «presupuesto habilitante», título con el que la doctrina general intenta capturar la exigencia de que para que una ley de emergencia resulte convalidada, dicha ley debe hacer referencia a un evento, hecho, circunstancia o situación *de emergencia* objetivamente comprobable.

El cometido principal que busco en el presente trabajo es doble. Por un lado, consiste en *reconstruir* el significado de esta exigencia tal cual ella ha sido interpretada por la doctrina judicial prevaleciente en buena parte de Iberoamérica. En este sentido, la formulación elegida no es casual. Una razón de fecundidad teórica aconseja contar con una interpretación aproximativa ciertamente amplia de la exigencia, que es lo que aquel *dictum* pretende consagrar. Esto se puede apreciar al menos en dos planos distintos. En primer lugar, al hablar de «convalidación» sin más precisiones, el *dictum* guarda un precavido silencio sobre cuál sea la instancia encargada de realizarla. En la mayor parte de los sistemas constitucionales de Iberoamérica y, en particular, en los de Argentina y España (que son, junto a Colombia, aquellos a los que remitirán mis ejemplos), dado que lo usual es que las medidas de emergencia sean dictadas por la autoridad ejecutiva, su legitimidad suele depender mayormente de lo que se decida en sede parlamentaria, lo que no obsta a que en algunos casos puntuales se alcance el terreno judicial[2]. No obstante, incluso si este no fuera el caso, una fórmula más acota-

[2] En Argentina, país en el que impera un control difuso de constitucionalidad, esto suele suceder cada vez que un particular acude a sede judicial para reclamar por un derecho que la legislación de emergencia ha vulnerado o que podría llegar a vulnerar, en cuyo caso lo hará por vía de un recurso de amparo. En España, país en el que impera un control de constitucionalidad concentrado, los requisitos que deben cumplirse para acudir al Tribunal Constitucional son más restrictivos. Por caso, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español establece dos vías alternativas por las cuales puede promoverse una declaración de inconstitucionalidad: *a)* el recurso de inconstitucionalidad y *b)* la cuestión de constitucionalidad, designando a su vez qué actores institucionales están autorizados para participar en ellas. Tal como establece el art. 32 de la citada Ley, la primera vía podrá transitarse cuando la sospecha de inconstitucionalidad se suscite a propósito de los Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales. En estos casos, la promoción del recurso de inconstitucionalidad

da no permitiría contemplar lo que sucede en un régimen como el colombiano, en el cual está estipulado que la autoridad política debe remitir cualquier ley de emergencia directamente al Tribunal Constitucional para su evaluación inmediata[3].

Pero más importante todavía es el segundo plano de fecundidad teórica en el que se mide el *dictum*. Al elegir un término como «comprobable» (un término equivalente podría ser «verificable') en lugar de otro como «existente», el *dictum* tampoco prejuzga el tipo de objetividad que podría hallarse en cuestión. Y aquí es precisamente donde se refleja el segundo aspecto de mi doble cometido, el cual consiste ni más ni menos que en *criticar* la definición restrictiva de la objetividad que parece adoptar gran parte de la doctrina tribunalicia hoy vigente. Hacia la sección 5 de este trabajo (*cfr. infra*), espero arribar a una fórmula que sea capaz de consagrar de manera clara y sintética cuáles son los compromisos en materia epistémica y ontológica que asumiría esta doctrina a la hora de realizar un control objetivo del presupuesto habilitante. Según intentaré ponerlo en evidencia (*cfr.* sección 4), los compromisos asumidos tenderán a variar a la sazón de los intereses políticos que se encuentren en juego. Con todo, la fisonomía general del discurso que se plasma en los fallos (*cfr.* sección 2) permitiría inferir que, en el fondo, lo que anima a nuestros tribunales es un credo ingenuamente realista, partidario de una noción de «objetividad» axiológicamente aséptica (*cfr.* sección 3). El cometido principal de este trabajo, según he dicho, procura ser tanto *reconstructivo* como *crítico*. Pues bien, estos dos aspectos están íntimamente conectados, ya que es solo luego de que una reconstrucción formal nos permita ver de manera cristalina cuáles son las implicancias filosóficas adosadas a la concepción doctrinal de la objetividad en materia de emergencia, que llegaremos a apreciar dónde residen los principales motivos de preocupación (*cfr.* secciones 6 y 7).

2. EL PRESUPUESTO HABILITANTE SEGÚN LA DOCTRINA JUDICIAL LATINOAMERICANA

El día 30 de julio del 2008, la Legislatura de la Provincia de Córdoba sancionó la ley 9504 en virtud de la cual se declaró la emergencia de la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la provincia. Tras aducir una merma de ingresos tributarios provocada por

---

constituye una potestad reservada a los siguientes órganos: *a)* El Presidente del Gobierno, *b)* el Defensor del Pueblo, *c)* 50 Diputados y *d)* 50 Senadores. En cambio, cuando esta sospecha se suscite en relación a Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar el ámbito de autonomía de las Comunidades Autónomas, las que estarán legitimadas para promover el recurso serán precisamente los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de estas mismas Comunidades, previo acuerdo adoptado al efecto. Por su parte, con respecto a la segunda vía, relativa a cuestiones de inconstitucionalidad, ella está reservada para los Jueces y Tribunales, cuando actuando de oficio o a instancia de parte, consideren que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución.

[3] Según está contemplado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, el control de constitucionalidad de los estados de excepción y el ejercicio de los poderes que de allí emanan debe ser jurisdiccional, automático, integral y estricto, sin perjuicio del control político constitucionalmente previsto. En particular, el elemento de control automático mencionado comporta el deber por parte del Gobierno de enviar a la Corte Constitucional los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades extraordinarias ni más ni menos que al día siguiente de su expedición. En caso de que esto no suceda, la Corte está facultada para aprehender su conocimiento actuando de oficio (sobre lo mismo, *vid.* la Sentencia C-156/11, 9 de marzo de 2011, Bogotá, DC).

la crisis del campo y otros factores causales, el Gobierno de José Manuel de la Sota y la Legislatura de mayoría oficialista tomaron la iniciativa de recomponer la economía de la caja mediante una afectación de los beneficios (jubilaciones y pensiones) mayores a los 5.000 pesos, de manera tal que se pagaran parcialmente en pesos y parcialmente en títulos de deuda provincial. A raíz de esta medida, decenas de jubilados concurrieron a la justicia para hacer valer sus derechos, principalmente mediante la interposición de recursos de amparo. Una de estas causas recaería en manos del Tribunal Superior de Justicia de la provincia. Aunque el tribunal terminaría por convalidar la emergencia y rechazar el recurso, el resultado de su fallo no es lo relevante en este contexto. Lo relevante es el modo en que el tribunal abraza la doctrina según la cual los jueces poseerían la legítima facultad de controlar la existencia o no de la emergencia, más allá de cuál sea la valoración que le susciten los medios elegidos por la autoridad política para hacerle frente. Esto es lo que se desprende de su sentencia:

> Parece claro que si verificar implica comprobar, acreditar, demostrar que los hechos invocados condicen con la realidad, esto de por sí trasunta un juicio intelectivo que excluye toda valoración discrecional. Importa la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación. De allí se deduce que el control judicial del presupuesto fáctico es hoy una realidad indiscutible, desde la incipiente jurisprudencia del Consejo de Estado Francés sobre la «exactitud material de los hechos», o su «constatación» como lo denomina la doctrina italiana («Bossio, E. Esther c/ Caja de Jubilaciones —Recurso de Apelación— Recursos de Casación e Inconstitucionalidad», del 15/12/2009, en MJ-JU-M51906.AR, en *http://ar.microjuris.com*: Punto 9.V. del voto de la mayoría).

En franca consonancia con la línea de razonamiento adoptada por el tribunal argentino, la Corte Constitucional de Colombia también cree necesario diferenciar entre el elemento puramente intelectivo y el elemento de valor, ambos incluidos en la etapa de control del presupuesto habilitante. En efecto, tal como se desprende de varios de sus fallos, esa instancia es desagregada en tres elementos: *(i)* juicio de realidad de los hechos invocados, *(ii)* juicio de identidad de los mismos y *(iii)* juicio de sobreviniencia o inminencia de tales hechos. Ninguno de ellos comporta un supuesto valorativo, el cual solo se aboca a través de *(iv)* un juicio de gravedad de la perturbación y otro referido a la *(v)* necesidad de las medidas extraordinarias. A tono con esta jurisprudencia, cabe citar el siguiente pasaje correspondiente a la sentencia que finalmente convalidaría Decreto Presidencial 4580 del 7 de diciembre del 2010, por el cual se declaraba el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública, emitido luego del paso del fenómeno de La Niña:

> El «juicio de realidad» parte de ser un análisis eminentemente objetivo, tal y como lo señala la sentencia C-133 de 2009: «El presupuesto fáctico es susceptible de un juicio objetivo de existencia por parte del juez constitucional, quien debe determinar si los hechos invocados tuvieron ocurrencia. Se tiene entonces que la metodología que debe ser empleada es una verificación positiva de los hechos; por tanto, si efectivamente ocurrieron, el juicio objetivo de existencia se resuelve de manera positiva y en consecuencia la declaratoria del estado de conmoción interior, en lo atinente al primer presupuesto, es legítima; empero si el presupuesto fáctico no ha tenido lugar, esta primera constatación será negativa y en ausencia de este presupuesto, la declaratoria deviene en inconstitucional». No se trata entonces de un análisis de valoración de la alteración del orden social, económico y ecológico o de la circunstancia sobreviniente de los mismos, sino una verificación objetiva de la existencia de la amenaza o perturbación (Sentencia C-156/11, de la Corte Constitucional de Colombia, de 9 de marzo de 2011, Bogotá DC).

Las dos sentencias que acabo de citar constituyen tan solo una muestra parcial de un universo mucho más extenso de casos. En tanto simples muestras que son, sin embargo, creo que ellas no solo resultan representativas de ese universo sino que consiguen transmitirnos con bastante luminosidad cuál es la ideología que tienen en mente algunos de los representantes más conspicuos del poder judicial iberoamericano cuando se disponen a llevar a cabo el control del presupuesto habilitante. Para los miembros del tribunal cordobés, es la existencia o inexistencia del hecho invocado por la autoridad política lo que debe corroborarse. Igualmente para los integrantes de la Corte colombiana, son los hechos invocados por la autoridad política los susceptibles de un «juicio objetivo de existencia». Los fallos de ambos tribunales, además, parecen girar sobre la idea de que al menos en lo que atañe a situaciones de emergencia, es perfectamente factible trazar una separación tajante entre lo fáctico de la situación y lo valorativo. Pero no solo eso. Aparentemente, si este no fuera el caso y lo valorativo y lo fáctico demostraran estar indisolublemente ligados, los magistrados temerían que el control del presupuesto habilitante en el que descansaría cualquier decreto-ley o legislación de emergencia pudiera condenarnos a las garras del más absoluto subjetivismo político. A su juicio, la separación, además de factible, es imperiosa.

3. ¿UN OBJETIVISMO INGENUO? A PROPÓSITO DE LA IMBRICACIÓN «HECHO-VALOR'

A los efectos de obtener una caracterización provisional del credo en cuestión, aquí simplemente lo llamaré, por una razón de economía semántica, «objetivismo ingenuo» (*cfr.* GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 24-6; ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992: 263). No obstante esta razón, los motivos para llamarlo así son al menos dos. El primero de ellos viene dado por algo que dice M. TARUFFO en el cap. 2 de *La prueba de los hechos*, destinado a deslindar el concepto de «hecho» y sus distintas clasificaciones. Entre varias de las contribuciones valiosas allí vertidas, TARUFFO analiza el perfil de aquellas normas que individualizan el hecho jurídicamente regulado mediante lo que WRÓBLEWSKI llama una «identificación valorativa», tal el caso de aquellas normas cuya prótasis está compuesta por expresiones como «daño grave», «justa causa» o «conducta reprobable» (*cfr.* 2002, 128; además, FERRER BELTRÁN, 2005: 49-53). Un caso especial de identificación valorativa que menciona TARUFFO se presenta cuando la individualización del supuesto fáctico solo se hace por referencia al criterio valorativo, no habiendo identificación alguna, siquiera vaga —nos dice—, referente al hecho que puede ser valorado negativamente. El supuesto de hecho no importa en sí mismo por alguna característica intrínseca, sino solo en cuanto produce «una consecuencia consistente en la violación de un valor», como ser «contrario a las buenas costumbres» o «antisindical» (*ibid.:* 129). A tenor de estos lineamientos, cabría decir que si la emergencia jurídica tal cual es regulada por nuestros ordenamientos constitucionales fuera clasificable como un supuesto de esta naturaleza, el credo que se desprende de sentencias judiciales como las citadas en la pasada sección sería, además de ingenuo, lisa y llanamente irrisorio. Sin embargo, puesto que conceder esta caracterización nos dejaría sin demasiadas motivaciones para seguir avanzando en este trabajo, aquí

sostendré, por mor del argumento, que no es este el tipo de supuesto que los jueces tienen en mente[4].

Por su parte, el otro motivo para tildar de ingenuo al objetivismo que se desprende del credo en cuestión está relacionado con algo que dice PUTNAM en el segundo capítulo de *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Luego de preguntarse «por qué es tan tentadora la dicotomía hecho/valor», escribe:

> es mucho más fácil decir «esto es un juicio de valor», en el sentido de que «no es más que una cuestión de preferencia subjetiva», que hacer lo que intentaba enseñarnos Sócrates: indagar quiénes somos y cuáles son nuestras convicciones más profundas, y someter estas convicciones a la exigente prueba de un análisis reflexivo (2004: 59).

Desde luego, este no es lugar para ensayar una crítica sobre cómo la autoridad judicial debería entender la actividad de valorar, ni tampoco para seguir a PUTNAM en su empeño por dotarla, inspirado en DEWEY, de la objetividad que una inmensa tradición filosófica le ha negado. No es tal cosa lo que busco aquí. Simplemente deseo remarcar dos cosas: en primer lugar, que aún si lo valorativo estuviera indisolublemente ligado a lo fáctico, esto no tendría por qué conminarnos a un subjetivismo ciego o radical (*cfr.* DEWEY, 2008; WIGGINS, 1998a); y, en segundo lugar —lo que es mucho más importante—, que en la medida en que no reconozcamos qué comporta el predicado «emergencia» que califica a una situación como «de emergencia», difícilmente alcanzaremos a obtener una idea cabal de lo que comporta el concepto de «situación» que recibe dicho calificativo.

En este lugar, bien puede resultar útil traer a colación el modo como se comportan los predicados éticos densos, que son los que ocupan mayormente la atención de PUTNAM en este y en otros capítulos del mismo libro. Predicados como «cruel» o «generoso», por ejemplo, a diferencia de predicados como «bueno» o «incorrecto», tienen la particularidad de que unas veces pueden usarse en sentido descriptivo y otras en sentido prescriptivo. El problema que se suscita con estos predicados, que no es sino el problema que los positivistas lógicos, los no-cognitivistas y los prescriptivistas morales como HARE intentaron resolver infructuosamente (*cfr.* ESQUIVEL, 1981: 6-12; WIGGINS, 1998b: 95-108; WILLIAMS, 1997: 180-1), es que por más esfuerzos que dediquemos a la tarea de definir cuáles son las características descriptivas que deben estar presentes en una acción para que la misma reciba la calificación de cruel o generosa, siempre podremos encontrar acciones que sin compartir estas mismas características, resulten igualmente crueles o generosas.

En cierto sentido, estos intentos no hacen más que suscitar el argumento de la pregunta abierta de MOORE. Los ejemplos sobran. El propio PUTNAM alude a uno muy elucidario, por lo que voy a aprovechar la ocasión para apropiarme de él y reinventarlo. Supongamos que, imitando a HARE, osamos definir «cruel» como «aquello que causa hondo sufrimiento» e imaginamos como caso paradigmático de una acción cruel la que lleva a cabo el torturador Josef Mengele. A menos que al mismo tiempo consigamos precisar qué significan los términos «sufrimiento» y «hondo» sin invocar expresiones valorativas, la definición puramente descriptiva de cruel será insuficiente. Pero incluso

[4] En *Prueba y verdad en el derecho*, Jordi FERRER ofrece la clave para una lectura alternativa. Retomo este punto en la Sección 6 de este trabajo (*cfr. infra*).

en el hipotético escenario en el que nos las ingeniáramos para definir uno y otro término de manera puramente descriptiva, equiparando «sufrimiento» a «dolor físico» y «hondo» a, digamos, «todo aquello que sobrepasa un nivel *X* de descarga neuronal», siempre habrá un caso de crueldad que no se corresponda con la definición. Quien «corrompe a una persona joven con el deliberado propósito de evitar que desarrolle un gran talento en algo», apunta PUTNAM, se estaría comportando de manera extremadamente cruel, «aun cuando la víctima nunca sienta un dolor manifiesto» (2004: 54).

Una sospecha que podría invadir a muchos es que el predicado «emergencia» quizá esté comportándose de manera similar a como se comportan predicados éticos densos como «cruel» o «generoso». Sin embargo, por más que esta sospecha sea cierta, creo que ella sería irrelevante para entender la idea que parece estar operando como directriz oculta detrás de sentencias judiciales como las citadas. Después de todo, no es que los magistrados desconozcan que el término «emergencia» está dotado de una innegable carga valorativa[5]. Lo que simplemente esperan —y así lo confirman numerosos pasajes de sus sentencias— es que la autoridad política, al momento de redactar el preámbulo que debe acompañar a un decreto-ley, se tome la molestia de señalar cuáles son los hechos que explican la necesidad del mismo. De manera que, a diferencia de lo que parece sugerir G. TUSSEAU en un importante ensayo, no sería una preocupación por la naturaleza esencial de la emergencia lo que movilizaría a los magistrados; ni siquiera sería una preocupación por ofrecer una definición en abstracto de la misma,

[5] A juzgar por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, esto es innegable. El indisoluble componente político-valorativo que recubre a las decisiones en materia de emergencia ha sido expresamente reconocido en innumerables fallos, como lo documenta SSTC 38/2007, de 15 de febrero (FJ 6), remitiéndose a 189/2005, de 7 de julio (FJ 3) y a 329/2005, de 15 de diciembre (FJ 5), las que a su vez siguen resoluciones anteriores (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, 11/2002, de 17 de enero y 137/2003, de 3 de julio). En todas estas resoluciones, se reconoce «el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado», si bien se aclara que esto no debe conducir a entender el concepto de extraordinaria y urgente necesidad como una «cláusula o expresión vacía de significado» (SSTC 38/2007, FJ 6). En Argentina y Colombia tal vez la deferencia hacia el juicio subjetivo del órgano político sea menor. Con todo, nadie podría negar que se trata de un hecho reconocido. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia sostiene en su Sentencia C135 de 2009 que «el acto mediante el cual se declara un estado de excepción» es un acto político, estando como tal «sujeto a consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia». En Argentina, por su parte, si bien la tendencia ha sido un tanto elusiva o cambiante, la doctrina por la que parece haberse decantado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la hora de evaluar el presupuesto fáctico permitiría diferenciar entre dos situaciones: aquellas en la que se imponen lo que la Corte denomina «criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas necesidad» —a los que, desde ya, descarta de plano— (al respecto, *vid.* Verrochi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Aduanas, Fallo 322:1726 de 19/08/1999), y aquellas en las que las consideraciones que priman revisten un grado tal de complejidad fáctica y técnica que los jueces no se verían facultados «para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad» (Provincia de San Luis c/Estado Nacional, Fallo 326:417 (30) de 05/03/2003, voto en disidencia de los ministros Belluscio, Boggiano y Maqueda, considerandos 30 y 31; a su vez, véanse los fallos 308:2246, considerando 4.º, y 311:2128, entre muchos otros). Desde luego, este tipo de deferencia practicada por la Corte hacia el órgano político, más que una admisión del componente valorativo indisociablemente ligado a la emergencia, parece connotar un reconocimiento de la superioridad epistémica de este órgano en ciertos asuntos, que no es lo mismo. Suponiendo que así sea, creo que aun sería posible comprobar una admisión por parte de la Corte del componente irreductiblemente valorativo de la emergencia en la elección de los medios específicos que realiza la autoridad política para hacerle frente. La misma sentencia que acabo de citar es elocuente al respecto: «En rigor, al Poder Judicial le está vedado jugar el acierto o error de decisiones que incumben al área de política económica» (considerando 55 del voto de la mayoría). En esta materia, lo único que la Corte está facultada para controlar es la razonabilidad de los medios empleados, es decir, que ellos resulten equitativos y justos (*vid.* una vez más el mismo considerando).

como si esto pudiera hacerse *per genus proximum et differentiam specificam* (*cfr.* 2011: 513-515). En realidad, lo que parece movilizarlos es algo mucho más concreto. Se trata, para decirlo en resumidas cuentas, de la preocupación por impedir que la autoridad política se atreva a apelar sin más al instituto de la emergencia, esto es, sin que previamente haya mediado un hecho o situación concreta que todos podamos reconocer como objetivamente existente.

Ahora bien, ¿qué significa que un hecho o situación sea objetivamente existente? ¿Significa que ha de prescindir de toda valoración, como sugiere el tribunal cordobés de manera explícita? Incluso concediéndole a la doctrina que la propiedad (¿intrínsecamente?) valorativa de «emergencia» deba quedar afuera de la caracterización del elemento situacional ínsito en la expresión «*situación* de emergencia», ¿de qué tipo habrán de ser las características, rasgos o propiedades que deberían estar presentes en el hecho, evento, circunstancia o situación concreta invocada para que la misma pueda recibir, acto seguido, el calificativo de «emergencia'? Como quedara de manifiesto a partir del ejemplo de PUTNAM, las características o propiedades de un hecho o acción cualquiera a menudo solo podrán ser descritas empleando un vocabulario de inevitable carga valorativa, aun cuando ellas no tengan nada que ver con el predicado valorativo que propiamente se denomina «emergencia». Confío en que luego de un pequeño rodeo podamos arribar a una respuesta.

4. ¿UN OBJETIVISMO DIFERENCIAL?

En esta sección, deseo oponer a la caracterización provisional del credo efectuada en la pasada sección una caracterización que considero más justa. Para ello procederé en dos etapas. En la sub-sección 4.1), buscaré auxilio terminológico en la obra de John SEARLE al objeto de apropiarme del material necesario para recalificar la noción de objetividad y reposicionarla de cara a la discusión sobre el control judicial del presupuesto habilitante. En la sub-sección 4.2), por otro lado, me valdré de esta terminología para identificar qué dos tipos de objetividad podrían hallarse en cuestión cada vez el Poder Judicial se arroga la facultad de controlar las decisiones del Poder Político. La pasada sección mostró que un concepto valorativamente aséptico de objetividad no constituye su mejor exponente. La presente sección pretende ofrecer como alternativa a dicha clase de objetividad lo que aquí denominaré una objetividad diferencial, la cual estaría mejor dotada para posicionar a la autoridad judicial de cara a la autoridad política. Sin embargo, dado que las materias de la realidad sobre las cuales esta clase de objetividad puede medirse constituyen un universo por demás reducido, el objetivismo diferencial que se vale de ella tampoco se mostraría como una alternativa superadora.

4.1. Propiedades intrínsecas y extrínsecas

Existe una doble distinción que suele rendir importantes frutos filosóficos. En la modalidad en que deseo introducirla, ella ha sido intuitivamente moldeada por John SEARLE en *La construcción de la realidad social* y en otros trabajos, si bien considero que algunas de las definiciones que la han acompañado pueden ser en extremo desorien-

tadoras. A propósito de la distinción objetivo-subjetivo, SEARLE diferencia entre un sentido *epistémico* y uno *ontológico*. «Epistémicamente hablando, "objetivo" y "subjetivo" son básicamente predicados de juicios» (1997: 27), escribe. Así, cuando decimos que «Rembrandt es mejor artista que Rubens», por ejemplo, estaríamos formulando un juicio subjetivo, ya que su verdad o falsedad —agrega no sin cierta circularidad— no pueden fijarse objetivamente. Juicios como estos no refieren, en opinión de SEARLE, a simples cuestiones de hecho, sino que dependen de ciertas actitudes, sentimientos y puntos de vista de los proferidores o de los oyentes de los juicios en cuestión. Un juicio como «Rembrandt vivió en Ámsterdam en el transcurso del año 1632», en cambio, resulta epistémicamente objetivo puesto que el hecho en el mundo que lo convierte en verdadero o falso es independiente de las actitudes o sentimientos que cualquiera pueda albergar al respecto.

En cuanto al sentido ontológico de la distinción, «objetivo» y «subjetivo» «son predicados de entidades y tipos de entidades —escribe SEARLE—e imputan modos de existencia». De esta manera, continúa, los dolores son entidades ontológicamente subjetivas, «porque su modo de existencia depende de que sean sentidos por los sujetos. Pero las montañas [...] son ontológicamente objetivas porque su modo de existencia es independiente de cualesquiera perceptores o de cualquier estado mental» (1997: 27).

Deudora de esta doble distinción que acabo de resumir es una tercera distinción añadida por SEARLE: la que se da entre aquellos rasgos del mundo que son intrínsecos y aquellos otros que son relativos al observador. Los primeros existen independientemente de nosotros, como por ejemplo las montañas y las moléculas. Los segundos, en cambio, dependen de nosotros para su existencia, ya que guardan «relación con la intencionalidad de los observadores, usuarios, etc.» (1997: 28). El ejemplo favorito de SEARLE es el del destornillador. Aunque este elemento posee ciertos rasgos intrínsecos, como la madera o el metal de los que está fabricado, es la función de «servir como» que extrínsecamente le imputan los usuarios lo que lo habilita a ser lo que es. Este carácter relativo que poseen algunos objetos y propiedades, sin embargo, no impide que los juicios que pronunciamos sobre ellos sean susceptibles de verdad o falsedad. Para ello, no es necesario que estos rasgos sean ontológicamente objetivos sino que basta con que sean objetivos desde el punto de vista epistémico[6].

La importancia de esta triple distinción se pone especialmente de manifiesto a la hora de calificar los hechos sociales y las propiedades y/o hechos institucionales

[6] Debe aclararse que las propiedades intrínsecas y extrínsecas de la clasificación de SEARLE no se corresponden con lo que en la literatura metafísica se ha dado en llamar «propiedades intrínsecas y extrínsecas» de las cosas (al respecto, especialmente instructivos son los trabajos de CHISHOLM, 1976; KIM, 1982; LEWIS, 1983; VALLENTYNE, 1997 y LANGTON y LEWIS, 1998). Según la primera clasificación, la relatividad característica de las propiedades extrínsecas es una relatividad agencial. Según la segunda clasificación, en cambio, la relatividad agencial de las propiedades extrínsecas constituye tan solo un tipo de relatividad entre otros, y ni siquiera el más interesante. Con respecto a las propiedades intrínsecas, la correspondencia quizá sea mayor, aunque conviene notar que las propiedades relacionales también son susceptibles de caracterizarse a su vez como extrínsecas o intrínsecas (al respecto, *vid.* LEWIS, 1999: 129 y ss.), una posibilidad que en la clasificación de SEARLE está proscripta. La única relatividad que SEARLE está dispuesto a concederle a las propiedades intrínsecas de las cosas es una relatividad del tipo conceptual. La misma, sin embargo, en absoluto estaría en condiciones de conmover el realismo externo que SEARLE defiende, a pesar de los esfuerzos acometidos en esta dirección por GOODMAN, PUTNAM y otros filósofos (*cfr.* SEARLE, 1997: 169 y ss.).

en las que ellos descansan. Un hecho social como un «fenómeno inflacionario», una «corrida de acreedores» o una «elección presidencial», solo puede existir porque existen de manera previa una serie de hechos o propiedades que constituyen su condición de posibilidad. Así, por ejemplo, para que pueda darse eso que conocemos como «inflación», al menos es necesario que existan cosas tales como la moneda, el intercambio comercial o la propiedad. En la tradición filosófica, hace mucho tiempo que estas cosas se conocen con el nombre de «hechos institucionales» y evidentemente ha sido un mérito indudable de SEARLE el explicar de manera instructiva no solo cómo se generan sino también cuál es el lugar que ocupan en el anterior esquema de distinciones.

En cuanto a lo primero, aquí seré muy sintético. Para que un hecho institucional se genere, se requieren al menos tres elementos: la asignación de una función, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas. Sólo por utilizar el ejemplo favorito de SEARLE, para que un simple trozo de billete adquiera la identidad de «dinero» y pueda funcionar como tal, se requiere de un acto constitutivo (tácito o expreso) en virtud del cual X, que posee ciertos rasgos físicos por ser un hecho bruto, cuente como Y (dinero) en C (una comunidad determinada) y pueda cumplir las funciones que típicamente cumple el dinero, como por ejemplo oficiar de medio de intercambio de bienes o servicios, constituir una provisión de valor, etc. De no reinar una suerte de acuerdo colectivo sobre el modo en que X ha de comportarse, X no sería el hecho institucional específico que denominamos dinero. De manera análoga, si quien empleara la regla constitutiva para transformar a X en dinero no fuera una autoridad a la que colectivamente se le concede la competencia específica para hacerlo (en Estados Unidos, por ejemplo, la Reserva Federal), tampoco X contaría como dinero en C (*cfr.* SEARLE, 1997: cap. 2).

Sobre lo segundo, digamos que si un hecho social como la inflación existe, es porque existen cada uno de los fenómenos institucionales que son su condición de posibilidad[7]. Y si existen estos fenómenos sociales, solo puede ser porque existen a su vez una serie de hechos brutos a los que los miembros de una comunidad les han asignado una función valiéndose de ciertas reglas constitutivas[8]. Esta relatividad de los hechos institucionales (y, por derivación, también de los hechos sociales) es lo que los hace ontológicamente subjetivos, sin que esto implique negarles objetividad epistémica.

---

[7] La distinción entre hechos o fenómenos «institucionales» y hechos o fenómenos «sociales» no es de SEARLE sino mía. No obstante, en *Making the Social World* encontramos una distinción análoga, para cuyo trazado se emplea otra terminología. SEARLE denomina a los primeros «hechos institucionales de base» [*ground-floor institutional facts*] y a los segundos «hechos derivados de hechos institucionales relativos a terceras personas» [*third person fallout facts from institucional facts*] (*cfr.* 2010: 116). Además, cita con aprobación a Asa ANDERSSON, quien en *Power and Social Ontology* se refiere a los primeros con la denominación de «hechos institucionales *micro*» y a los segundos con la denominación de «hechos institucionales *macro*» (*ibid.*: 116). La importancia de esta distinción se explica para SEARLE porque nos faculta a hablar de una serie de hechos institucionales de los que los miembros de una comunidad no tienen por qué ser conscientes: «Así, por ejemplo, una economía podría ingresar en una recesión o atravesar las etapas de un ciclo económico —constata SEARLE— sin que los miembros de la comunidad tengan siquiera los conceptos de recesión o ciclo económico» (*ibid.:* 116). Hacia el final de este trabajo volveré sobre la importancia de esta distinción conceptual.

[8] Escribe SEARLE en *La construcción de la realidad social*: «Es una consecuencia lógica del argumento principal de este libro que no pueda haber hechos institucionales sin hechos brutos» (1997: 197).

4.2. Las propiedades de los hechos y la ubicuidad política del juez

Luego de este rodeo, creo que por fin estamos mejor posicionados para retomar las preguntas con las que finalizamos la sección anterior. A la luz de las distinciones efectuadas con ayuda de SEARLE, ¿cómo cabría entender la objetividad a la que aluden los magistrados en sus fallos? ¿En qué sentido los juicios intelectivos sobre los presupuestos fácticos en los que descansan las leyes de emergencia habrían de resultar objetivos? Que *por lo menos* se caracterizan por ser epistémicamente objetivos no es difícil de comprender. La objetividad epistémica es una propiedad que está presente *tanto* en aquellos juicios que son relativos a hechos o rasgos del mundo intrínsecos u ontológicamente objetivos, *como* en aquellos juicios relativos a hechos o rasgos del mundo extrínsecos u ontológicamente subjetivos, tal el caso de los hechos institucionales y sociales.

Con respecto a la primera tipología de juicios, la doctrina judicial parece conferirle un rol preeminente. En los casos paradigmáticos representados por las catástrofes naturales (terremotos, inundaciones, etc.), en general el control del presupuesto fáctico se realizará de manera epistémicamente objetiva siempre que los hechos referidos por la autoridad política sean ontológicamente objetivos, cuestión que no suele generar mayores dificultades, especialmente cuando estamos ante hechos a los que se les atribuye la entidad de ser públicos y notorios. Qué deba implicar una descripción puramente objetiva de estos hechos o cuáles son los hechos relevantes que deben ser descriptos y con qué grado de especificidad o precisión no son cuestiones para las que la doctrina haya formulado respuestas conclusivas ni uniformes, pero por el momento podemos hacer caso omiso de estos pormenores[9].

El problema surge con respecto a la segunda tipología de juicios. Fenómenos sociales como crisis financieras, viales, migratorias o hasta político-representativas, además de que no remiten a entidades capaces de existir con independencia de la actitud que los seres humanos adopten hacia ellas —a diferencia de las catástrofes naturales, estos fenómenos son ontológicamente subjetivos—, suscitan observaciones de lo más diversas aun en el seno de una misma comunidad cultural, lo que suele generar controversias y desacuerdos muy difíciles de resolver. Al decir de WITTGENSTEIN, cuando uno de estos fenómenos hace aparición, «nunca es un tema referido a hechos de la ex-

[9] La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en cambio, suele ser mucho más explícita al respecto. *Vid.*, por caso, la STC 68/2007, de 28 de mayo, FJ 10. Por ahora, solo quisiera suscitar una reflexión. ¿En qué consiste el «presupuesto fáctico» de una ley de emergencia dictada para paliar las consecuencias generadas por una catástrofe natural? Como respuesta inmediata, cabe decir que no consiste solo en el fenómeno natural específico acontecido —sea, por caso, un terremoto— sino también en las propias consecuencias generadas por él. Entre los enunciados que integrarán el denominado presupuesto fáctico, entonces, encontraremos en un pie de igualdad tanto aquellos enunciados que refieran al fenómeno natural en cuestión (por ejemplo, al movimiento de las capas tectónicas medido por el sismógrafo) como aquellos que pretendan describir las propias consecuencias generadas a partir de este fenómeno, tal el número de víctimas, la cantidad de inmuebles afectados y otras del tipo. En principio, estos enunciados parecen incluir más bien pocos elementos valorativos. Sin embargo, si a ellos decidimos sumarle enunciados que hagan referencia, por ejemplo, al daño psicológico y moral padecido por los afectados o a la ruptura de las relaciones institucionales provocada por la tragedia, ya ingresaremos de lleno en otro terreno. ¿Quién podría negar que todos estos enunciados podrían formar parte del presupuesto habilitante con el mismo derecho que los enunciados estrictamente científicos que refieren al hecho natural? Siendo así, es difícil no preguntarse cómo la idea de construir un presupuesto fáctico que prescinda de toda valoración sea tan siquiera una empresa deseable.

periencia (un problema de esos es siempre mucho más tratable), sino uno lógico y, por consiguiente, una cuestión gramatical propiamente dicha» (*Zettel*, 590). Comentando este pasaje, H. F. PITKIN reflexiona:

> Tales controversias no se pueden resolver abandonando el nivel teórico y volviendo, en cambio, a la investigación empírica e histórica, ya que los mismos términos de la controversia aseguran que la llevaremos con nosotros hasta nuestros estudios empíricos e históricos, y que sus resultados serán igualmente ambiguos (1984: 452).

PITKIN (1984), CAVELL (1979), TAYLOR (1997), SEARLE (1995), MURDOCH (2001), BOURDIEU (2007), WINCH (1994) y un sinnúmero de reputados filósofos, sociólogos y antropólogos inspirados en WITTGENSTEIN, piensan que la única manera de empezar a abordar estos problemas consiste en reconocer, para volver a citar a PUTNAM, que a menos que compartamos de algún modo «el punto de vista ético pertinente», nunca podríamos emplear razonablemente el término en cuestión (2004: 53). Hay una suerte de plexo común de vivencias y una capacidad de trasfondo sin la cual ningún entendimiento resultaría posible. Avanzar en esta dirección, sin embargo, nos distraería demasiado del camino que venimos transitando. Repárese por ahora solamente en el hecho de que el fenómeno de la relatividad valorativa de nuestros conceptos que tanto preocupa a la filosofía y que tanto debate ha generado entre filósofos y antropólogos en las últimas décadas[10], no se produce solamente en esos más bien raros momentos de choque intercultural que preocupaban a WINCH, cuando las acciones de los otros nos resultan de una incomprensión tan manifiesta que nos vemos obligados a indagar en los estándares de racionalidad que manejan (*cfr.* WINCH, 1994). Con aristas menos marcadas, un fenómeno muy similar a este llega a producirse aún en el interior de una misma comunidad discursiva, que comparte ciertos valores, vivencias y puntos de vista. Mientras un marxista como MANDEL vio la recesión mundial de 1974 como «el resultado de una fase típica de declinación en la tasa de ganancia» (1975: 20), un liberal ortodoxo quizá la viera como el efecto contingente del encarecimiento del petróleo después de la Guerra del Kippur. ¿Existe alguna solución para este tipo de disonancias?

Reviste sumo interés en este sitio notar que desde las ciencias sociales se han desarrollado alternativas tendientes a evitar estas controversias interminables, procurando disminuir el nivel de imprecisión de los términos en los que frecuentemente se instauran. Una de ellas, como PITKIN misma reconoce, ha consistido en introducir «definiciones operativas» de términos como «inflación», «recesión», «superpoblación», «tasa de crecimiento», «desarrollo económico», «poder», «legitimidad», «representación» y tantos otros que son habituales en ciencias sociales (PITKIN, 1984:, 396 y ss.). Mediante este tipo de definiciones, lo que generalmente se busca es, por decirlo parafraseando a HEMPEL, establecer una operación de testeo, T, que pueda ser llevada a cabo en cualquier caso al cual el término en discordia presumiblemente se aplique, y especificar un cierto resultado R de la operación cuya aparición sea considerada como el criterio para la aplicabilidad del término al caso dado (1979: 145).

---

[10] Como dos claros exponentes de este debate aquí podríamos citar, de una parte, la discusión E. PRITCHARD, 1976; WINCH, 1972; 1994; MACINTYRE, 1972; 1977, que se produjo en el ámbito académico anglosajón a propósito de los azande; y, de la otra, la discusión que se dio en el mundo hispano, compilada por León OLIVÉ en *Ética y diversidad cultural* (1993). En ella, sobresale por su carácter polémico el texto de GARZÓN VALDÉS titulado «El problema ético de las minorías étnicas», con respuestas de L. VILLORO, D. SOBREVILLA y M. DASCAL, entre otras.

Con el tiempo, muchas de estas mismas herramientas analíticas se incorporarían al dominio de la política. Cada vez que una comisión o cuerpo colegiado era creado por el partido gobernante de un Estado para investigar asuntos de carácter general, como la tasa de crecimiento económico o los índices de delincuencia, pero también asuntos de carácter más concreto como el asesinato del presidente J. F. Kennedy investigado por la Comisión Warren, estas herramientas estuvieron a la orden del día. Gracias a estos organismos y a las herramientas por ellos empleados, paulatinamente fue generándose un inestimable caudal de información que no solo supo dotar de mayor racionalidad y capacidad de previsión a la política legislativa, sino que también le permitió a la ciudadanía acceder a información fidedigna y confiable para evaluar con criterios menos sesgados las actuaciones de la clase dirigente (*cfr.* MERTON, 1980: 186 y ss.).

En cierto sentido, cuando uno repasa algunos de los fallos en materia de emergencia más resonantes que se sucedieron en los últimos años, no puede dejar de advertir el peso adjudicado a la información obtenida en virtud de estos canales. La Sentencia C-156/11 de la Corte Constitucional de Colombia, sin ir más lejos, constituye un caso paradigmático. Sabido es que el paso del fenómeno meteorológico conocido como La Niña, sobre el que versó el Decreto Presidencial 4580/10, generó perjuicios tanto a nivel humano como económico que fueron públicos y notorios. Su acreditación, por ende, no presentaba mayores inconvenientes. Aun así, el Poder Ejecutivo de dicho país se encargó de justificar su declaratoria mediante rigurosos datos estadísticos provenientes de toda clase de organismos, como el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en materia de inundaciones, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en materia de viviendas, o la Dirección de Tránsito y Transporte en materia de afectaciones viales. La información fue sumamente detallada y las fuentes confirmatorias, de lo más diversas. Como viene exigido por la Constitución, la Ley Estatutaria 137 de 1994 y el Decreto 2067 de 1991, el Gobierno cumplió en enviar a la Corte esta documentación y el texto del decreto al día siguiente de su expedición, de lo cual se seguiría una consecuencia fácilmente imaginable: la convalidación del decreto-ley. Sin embargo, más allá de este final previsible, el interrogante queda planteado: ¿cuál habría sido la reacción de la Corte si el Gobierno no hubiera procedido con semejante rigor formal? ¿Habría rechazado el decreto-ley solo porque el Gobierno adujera que ascendían a una cifra aproximada de 2.000.000 las hectáreas del sector rural inundadas, en lugar de las 1.324.289 que figuraban en el informe del Ministerio de Hacienda?

Interrogantes como estos creo que nos permiten apreciar con total nitidez cuál es la función real que desempeña el discurso sobre la objetividad empleado por la doctrina. A modo de explicación aproximativa, podría ensayarse la hipótesis de que mientras más difícil sea para los tribunales compartir la postura del órgano político, más proclives serán a esgrimir un concepto de objetividad cargado de fuertes tintes ontológicos. E, inversamente, mientras menos difícil sea para ellos compartir la postura del órgano político, menos reacios serán a apelar a un concepto de objetividad más próximo al plano epistémico. Dicha hipótesis, sin embargo, no resistiría el menor escrutinio. El discurso realista ontológicamente cargado que emplean nuestros tribunales se comprueba a lo largo y a lo ancho de todo el espectro jurisprudencial, aunque algunas veces se presente de forma matizada. Como no podía ser de otra manera, todo dependerá del tipo de fenómeno que se suscite.

Ante la presencia de fenómenos de naturaleza meteorológica o incluso epidemiológica, la jurisprudencia tenderá a ser favorable a la voluntad del Poder Ejecutivo. Contrariamente a lo que podría imaginarse, esto no sucede porque los hechos invocados se correspondan con una realidad dotada de propiedades intrínsecas a las que todos tendríamos acceso. Lo que sugiere el interrogante antes abierto es que esto sucedería aún en el caso de que los hechos invocados en una descripción no se correspondieran con los hechos reales. Remitiéndonos al contraejemplo imaginado, cabe decir que si la cifra invocada por el Gobierno colombiano no se hubiera correspondido con la cifra real elaborada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esto probablemente no importaría, ya que las consecuencias de revocar un decreto destinado a palear las consecuencias de un fenómeno tan devastador serían mucho más negativas que las de convalidarlo. Son, pues, criterios evidenciales bastante menos estrictos los que muchas veces terminarán imponiéndose.

En cambio, cuando el fenómeno en cuestión revista un cariz político, social o económico, lo que por lo general tenderá a comprobarse es que ni bien los tribunales se muestren dispuestos a hacerle la venia al poder político, el fenómeno se describirá como dotado de una complejidad tal que las competencias epistémicas especiales que se requerirían para su verificación no serían distintivas del Poder Judicial (*cfr. supra*, nota núm. 5; asimismo, *vid.* el considerando 6.1.2 de la Sentencia C-156/11 del Tribunal Constitucional de Colombia). Por el contrario, si se tratara de diagnósticos que el Poder Judicial juzga equivocados, allí sí es probable que acontezca lo que aconseja la hipótesis y nuevamente pase a ser el concepto de objetividad cargado de tintes ontológicos el que saque a relucir su carta ganadora en el discurso.

5. FINALMENTE, LA FÓRMULA DOCTRINARIA DE LA EMERGENCIA. ¿POR QUÉ NO?

Por muy atractivos que sean estos análisis realistas y por mucho que hoy dominen la escena de la teoría politológica y jurídica más influyente, personalmente creo que ellos no tienen otro valor que el de ser instructivas especulaciones sin demasiado sustento empírico. Tanto desde un punto de vista teórico como desde un punto de vista práctico-normativo, me atrevo a sugerir que mucho más fructífera resultaría una tarea como la de intentar sistematizar en una fórmula definida qué cosa hacen de hecho nuestros jueces cuando apelan a la idea de objetividad, pues una fórmula tal podría brindar una herramienta irreemplazable a la hora de analizar de manera comparativa qué sucede en los distintos ordenamientos normativos. En última instancia, la mejor fórmula será aquella que resulte conciliable con una interpretación integral y coherente de lo que debería suceder entre los actores que intervienen en un ordenamiento jurídico cuando el instituto de la emergencia aflora a superficie. Poniéndolo en terminología *rawlsiana*, la mejor fórmula será precisamente aquella que alcance un equilibrio reflexivo en relación a nuestras intuiciones normativas más firmes o mejor respaldadas.

Por razones de espacio, pospondré para otra ocasión una defensa explícita de lo que, al menos a mi juicio, podría llegar a ser una fórmula superadora (*cfr.* Parmigiani, 2016). Lo que quisiera hacer en este sitio es valerme de las distinciones conceptuales

previamente esbozadas a fin de sistematizar en una fórmula aproximativa lo que parece suponer la doctrina judicial bajo escrutinio. Ello, además, me dará pie para explicar por qué no resulta aceptable. Considérese el siguiente intento reconstructivo, válido para capturar el objetivismo ingenuo que describiera en la sección 3 de este trabajo:

(E) Emergencia = $_{\text{df (Doctrina)}}$

Para todo sistema normativo **SN** y ante un hecho, evento, circunstancia o situación **P**, dotada de **N** propiedades o modos de ser característicos, **P** constituye *objetivamente* una situación de emergencia **E** si y solo si: *a)* la autoridad normativa **X** la instituye o declara como tal; *b)* no se constatan vicios desde el punto de vista formal; y *c)* dentro del universo de propiedades o modos de ser característicos que **P** posee, **P** reúne precisamente aquellas propiedades que la ley fija como presupuestos fácticos de la emergencia, más allá de cuáles sean las evaluaciones pertinentes de la autoridad normativa **X**.

Así reconstruida, creo que la fórmula resulta contemplativa de los principales lineamientos sostenidos por la doctrina judicial en materia de emergencia. En particular la última parte de la fórmula es clave en este asunto, ya que tiene el mérito de enfatizar el compromiso con la asepsia valorativa que constituye su núcleo vital. No obstante, compruébese la disparidad de resultados que se obtienen ni bien alcanzamos a conferirle al requisito de la objetividad cualquiera de las siguientes dos interpretaciones posibles: de un lado, una interpretación ontológica; del otro, una interpretación en sentido meramente epistémico. Tras calificar a las propiedades o modos de ser característicos del hecho o situación por su calidad de intrínsecas o extrínsecas, se presentan dos alternativas en danza:

(E') Emergencia =$_{\text{df (Doctrina I)}}$

Para todo sistema normativo **SN** y ante un hecho, evento, circunstancia o situación **P**, *intrínsecamente* dotada de **N** propiedades o modos de ser característicos, **P** constituye *objetivamente* una situación de emergencia **E** si y solo si: *a)* la autoridad normativa **X** la instituye o declara como tal; *b)* no se constatan vicios desde el punto de vista formal; y *c)* dentro del universo de propiedades o modos de ser característicos que **P** posee *intrínsecamente*, **P** reúne precisamente aquellas propiedades que la ley fija como presupuestos fácticos de la emergencia, más allá de cuáles sean las evaluaciones pertinentes de la autoridad normativa **X**.

En esta fórmula, que **P** esté objetivamente dotado de **N** propiedades o modos de ser característicos significa que dichas propiedades existen con independencia de los valores que detente cualquier ser humano en particular, trátese este de un ciudadano que haya sufrido la privación de un bien a causa de alguna disposición de la ley, o trátese en su lugar de la propia autoridad política que la haya sancionado. Ahora bien, si este fuera el caso, el hecho de que cierta autoridad normativa la haya instituido o declarado como tal (condición *a)* de la fórmula original), así como —en menor medida —el hecho de que no se constaten vicios desde el punto de vista formal (condición *b)* de la fórmula), ¿no se transformarían en resguardos o requisitos prescindibles?

A juzgar por lo que está constitucionalmente positivizado en nuestros ordenamientos jurídicos, resulta claro que no. Tal cual se viera en la sección introductoria de este trabajo (*cfr. supra*), el sitio que ocupan los resguardos formales y materiales en la práctica del control de constitucionalidad de las leyes de emergencia está firmemente asegurado. Sin embargo, si se aceptara la interpretación restrictiva que esta fórmula propone para entender la naturaleza del presupuesto habilitante, cargada de tintes ontológicos

ingenuamente realistas, creo que la doctrina se quedaría sin demasiados argumentos para explicar por qué nuestros ordenamientos constitucionales designan a la autoridad política, y no a otra instancia (por ejemplo, a una instancia dependiente del Poder Judicial o a una entidad técnica dotada de cierto nivel de autonomía), como la única facultada para declarar una emergencia pública y actuar en consonancia con ella[11].

Pecaríamos de poco caritativos si no volviéramos a insistir en algo que ya se dijo antes: simplemente no es cierto que la doctrina judicial niegue cualquier tipo de elemento valorativo en el procesamiento y sanción de la legislación de emergencia (*cfr. supra*, nota núm. 5). Pero como aquí solo interesa lo que sucede en lo que la doctrina llama la etapa *constatativa* del presupuesto habilitante que acompaña a la declaración, la objeción se mantiene en pie. Concretamente en lo relativo a la condición *a)* de la fórmula, hasta donde sé la única explicación que la doctrina puede esgrimir de que sea la propia autoridad política la que deba realizar la constatación —y no una entidad alternativa— ha de apelar, en última instancia, al mero arbitrio del constituyente. Vistas así las cosas, la conclusión que se sigue es que **(E')** no parece estar en condiciones de ofrecer una definición objetiva del presupuesto habilitante que resulte conciliable con una interpretación integral y coherente de lo que debería suceder entre los actores que intervienen en un ordenamiento jurídico cuando el instituto de la emergencia aflora a superficie, por lo menos no si no toma el recaudo de aclarar qué razón explica que nuestros actuales textos constitucionales realicen el tipo de distribución facultativa que efectivamente realizan.

En la segunda fórmula alternativa, las propiedades características del hecho o situación de emergencia reciben una interpretación epistémica. Veamos cómo queda reconstruida:

(E") Emergencia =$_{\text{df (Doctrina II)}}$

Para todo sistema normativo **SN** y ante un hecho, evento, circunstancia o situación **P**, *extrínsecamente* dotado de **N** propiedades o modos de ser característicos, **P** constituye *objetivamente* una situación de emergencia **E** si y solo si: *a)* la autoridad normativa **X** la instituye o declara como tal; *b)* no se constatan vicios desde el punto de vista formal; y *c)* dentro del universo de propiedades o modos de ser característicos que **P** posee *extrínsecamente*, **P** reúne precisamente aquellas propiedades que la ley fija como presupuestos fácticos de la emergencia, más allá de cuáles sean las evaluaciones pertinentes de la autoridad normativa **X**.

Como se intuirá, el problema que suscita una interpretación semejante no es ya el de que falle en explicar el papel que la constitución le adjudica a la autoridad política, como sucedía con la interpretación anterior. El problema revestiría una gravedad aún

[11] En la literatura reciente se han propuesto al menos dos modelos teóricos que creen plausible destinar la función de constatación y convalidación de la emergencia a un organismo administrativo especial, como un *Federal Emergency Board* u otros análogos. Al respecto, *vid.* LEVINSON y BALKIN, 2010 y, en especial, GOODMAN, 2010. En el modelo defendido en este último trabajo, el comité independiente funciona sobre la base del «principio de hetero-investidura» [*heteroinvestiture principle*], según el cual la parte que declara la emergencia debe ser completamente independiente de la parte que gana poder con ella (2010: 1278-1279). No obstante, el punto sobre el que este trabajo seguiría sin arrojar luz suficiente (al menos hasta donde tuve ocasión de comprobar) es el de la capacidad de iniciativa que tendría este organismo a la hora de constatar y declarar la emergencia. En otras palabras, ¿tan solo podría actuar a petición expresa de la autoridad política o estaría dotada de iniciativa propia? El silencio sobre este interrogante que se percibe en este y otros trabajos creo que es sintomático de las dificultades que exhibe todo intento de construir un sistema institucional de pesos y contrapesos [*checks and balances*] que no se haga pasible de la objeción contra-mayoritaria (*cfr.* WALDRON, 2014). Sobre la inviabilidad de aplicar esta propuesta en países sudamericanos como Argentina, *vid.* ROSENKRANTZ, 2011: 1583-1584.

mayor. Abrazando una interpretación semejante, la doctrina se arriesga peligrosamente a incurrir en una posible contradicción, a saber: la que se daría entre *seguir asumiendo*, por un lado, el compromiso radical con la asepsia valorativa que es tan significativo para ella; y *tener que admitir*, por otro lado, que la constatación de una propiedad extrínseca necesariamente involucra la asunción de algún posicionamiento valorativo.

Con todo, tal vez sea posible evitar la contradicción. Sobre el telón de fondo compuesto por las definiciones introducidas en la sección 4.1, podríamos ahondar más y decir que si bien una propiedad es extrínseca cuando su ontología es subjetiva, «subjetividad» no necesariamente implica «subjetividad *valorativa*». Así, aunque solo sea por retomar el ejemplo favorito de SEARLE, lo que hace que este trozo de papel azulino cuente como un billete de 20 euros se explica por la asunción de una actitud intencional de cierto tipo, no por la adopción de un punto de vista valorativo (*cfr. supra*). Son reglas constitutivas, además, las que fijan el grado de adecuación de la actitud; y, aunque para existir, dichas reglas dependen a su vez de otra serie de actitudes intencionales, estas actitudes intencionales tampoco tienen por qué comportar la asunción de una determinada perspectiva valorativa, excepto tal vez de modo muy indirecto[12]. De manera que si esta fuera la perspectiva explicativa que cabe asumir para dar cuenta de las propiedades extrínsecas e institucionales que están en cuestión a la hora de constatar objetivamente la presencia de una situación de emergencia, las valoraciones no parecen constituir una amenaza.

No obstante esta salvedad, recuérdese la distinción entre hechos o fenómenos «institucionales» y «sociales» trazada asimismo en la sección 4.1. A diferencia de los hechos institucionales, los hechos sociales pueden existir sin que nadie sea consciente de ellos. Constata SEARLE en *Making the Social World* que «una economía podría ingresar en una recesión o atravesar las etapas de un ciclo económico sin que los miembros de la comunidad tengan siquiera los conceptos de recesión o ciclo económico» (2010: 116; *cfr. supra*, nota núm. 7). Ahora imaginemos que un juez de una comunidad tal se dispone a revocar una declaración de emergencia promulgada por la autoridad política apelando a un concepto o propiedad «social» que hasta ese momento careciera de reconocimiento expreso por parte de los miembros de dicha comunidad. ¿No sonaría ciertamente jactancioso de su parte? En contrapartida, imaginemos que no es el juez sino la propia autoridad política la que decide hacer lo mismo para respaldar una declaración de emergencia. Así, por ejemplo, la autoridad apela a un concepto de recesión como el marxista que emplea MENDEL (*cfr. supra*), pero que hasta ese momento no gozaba de crédito alguno. La jactancia probablemente sea comparable, aunque no sus implicancias anti-democráticas. Pareciera, pues, que ante porciones de la realidad de decodificación conceptual al menos polémica, el margen de libertad discursiva del que disponen los poderes del Estado es marcadamente desigual. Los presupuestos habilitantes en los que descansan las declaraciones de emergencia carecen de tipifica-

[12] Lo que suele estar detrás es una convención *arbitraria* en el sentido de LEWIS, 1986: 16-24. La regla constitutiva según la cual «X cuenta como dinero para Y en S» tan solo busca resolver un problema de coordinación para el cual probablemente muchas otras cosas que no sean X podrían desempeñarse igualmente bien. De allí la arbitrariedad de la solución propuesta. La única valoración posible que subyacería detrás de la convención es la valoración relativa a la necesidad de solucionar un problema existente. Al respecto, *vid.* PUTNAM, 1983: 174-175.

ción legal específica. Luego, no habiendo nada semejante, la autoridad judicial siempre estará obligada a correr en desventaja.

6. ¿UNA SALIDA ALTERNATIVA?

A la hora de aludir al requisito doctrinario y jurisprudencial predominante en Latinoamérica diciendo que «el presupuesto habilitante *debería* construirse siempre en términos puramente fácticos (esto es, no valorativos)», adviértase que nunca se mencionó la instancia concreta a la cual va dirigida el predicado deóntico. En cierto sentido esto parece innecesario, pues resulta casi una trivialidad que se trata del Poder Ejecutivo. De dirigirse a cualquiera de los otros poderes, tanto al Poder Legislativo como al Poder Judicial les sería perfectamente factible construir el presupuesto habilitante en términos puramente fácticos; para ello, bastaría con que refirieran descriptivamente a las valoraciones de la autoridad política. Pero claramente no es esto lo que estipula el requisito. ¿Qué sucedería, sin embargo, si el requisito se interpretara precisamente en esta liza, pero sin reemplazar al destinatario de la orden?

En *Prueba y verdad en el derecho*, remitiéndose a los enunciados judiciales que incorporan términos valorativos como «grave» u «obsceno» («emergencia» podría ser otro de ellos), Jordi FERRER diferencia entre aquellos enunciados que participan de la valoración realizada por el Legislador y aquellos otros que simplemente se limitan a constatar que un hecho o situación es valorada por el Legislador y/o la comunidad de cierta manera (por ejemplo, como algo grave, obsceno o urgente, digamos) (*cfr.* 2005: 51-3). Esto nos lleva, entonces, a diferenciar entre el uso de una expresión valorativa y su mención, o entre la adopción de una perspectiva externa y la adopción de una perspectiva participante, lo cual genera importantes repercusiones a la hora de interpretar el requisito en cuestión[13]. Suponiendo que todo lo que él demande se leyera ahora como una exigencia para que el Poder Ejecutivo tan solo se limite a describir las valoraciones de la población a la que representa, sin por eso tener que compartirlas, el presupuesto habilitante podría construirse empleando juicios descriptivos o constatativos que incluyan términos valorativos pero que al mismo tiempo lo eximan de la actividad de «valorar».

En lo que sigue, deseo demostrar en un argumento de tres pasos por qué esta interpretación del requisito resultaría inaceptable. Inspirados en el razonamiento tripartito que suele atribuírsele al sofista GORGIAS, podríamos resumir el argumento de la siguiente manera:

- **Paso 1:** Así interpretado, el requisito podría imponer una restricción absurda desde el punto de vista práctico.
- **Paso 2:** Si el requisito no fuera absurdamente restrictivo, sería incompatible con nuestras mejores intuiciones sobre la dinámica de la representación política.
- **Paso 3:** Si el requisito fuera compatible con nuestras intuiciones políticas, sería incoherente o innecesario.

[13] Sigo en este sitio la terminología empleada por B. WILLIAMS en «Conocimiento, ciencia, convergencia», el octavo capítulo de *La ética y los límites de la filosofía* (*vid.* en especial WILLIAMS, 1997: 181-5).

Paso 1. Supongamos que un evento **X** de cierto tipo (por ejemplo, un acto de vandalismo que destruyera un monumento o una estatua **E** a la que mucha gente considera **S** —i. e. «sagrada») generara el riesgo de dejar en una sensación de humillación **H** sin precedentes a una parte importante de la población **P**. Tanto el término **S** como el término **H** actúan como predicados éticos (densos) de indudable contenido valorativo. Si la exigencia doctrinaria implica aceptar tan solo el empleo descriptivo de este tipo de predicados por parte del Poder Ejecutivo, este solo podría decir «**X** representa una situación de Emergencia, entre otras cosas, porque **E** es **S** según **P** y **X** genera **H** en **P**». Si se acepta esta lectura reconstructiva del requisito, se deben aceptar las siguientes proposiciones:

— Existe la posibilidad de que el Poder Ejecutivo comprenda de qué manera **E** es **S** según **P** y **X** genera **H** en **P**.

— Si existe esta posibilidad y esta posibilidad se cumple, el Poder Ejecutivo podrá decir autorizadamente que **E** es **S** según **P**, esto es, que es verdadero que **E** es **S** según **P,** y también que es verdadero que **X** genera **H** en **P**.

— **E** puede ser **S** según **P**; **X** puede generar **H** en **P**; y el Poder Ejecutivo puede reconocer que **E** es **S** según **P** y que **X** puede generar **H** en **P**, pero aun así sostener que **P** se equivoca.

— Para que el Poder Ejecutivo pueda decir que «**E** es **S** según **P**» pero que «**P** está equivocado», pues «**E** no es **S**», no puede ser el caso que **E** no sea **S** porque el Poder Ejecutivo posea una escala valorativa diferente a la de **P**, ya que aquí no se estaría hablando de la verdad o falsedad de que **E** es (no es) **S**; se estaría hablando de que **E** se caracteriza por una propiedad distinta (**S'**, por ejemplo).

— Luego, una de las maneras en las que **E** puede no ser **S** y **P** estar equivocado en sostener que «**E** es **S**», es que **E**, tal cual es entendido por **P**, implique proposiciones empíricas (no valorativas) falsas que el propio **P** pueda —al menos en principio— reconocer como tales. En nuestro ejemplo, considerar que **E** previene las invasiones extranjeras, digamos, o evita las inundaciones, conformando estas consideraciones una parte de lo que explica la propiedad **S** de **E**, implicaría precisamente sostener proposiciones empíricas falsas (sobre lo mismo, *vid.* WILLIAMS, 1997: 181 y ss.).

— Si esto es así, el requisito podría entenderse como obligando al Poder Ejecutivo a mencionar **S** (y quizá también **H**) tal como **P** lo usa, incluso si «**E** es **S**» conlleva implicancias fácticas falsas y **P**, en efecto, se halla en un error flagrante.

Consecuencia: así interpretado, el requisito se transforma en absurdo desde el punto de vista práctico, ya que, a excepción de algunas circunstancias, no se aprecia qué beneficios sociales podría comportar una exigencia semejante. Si bien es cierto que a veces los beneficios de actuar favoreciendo el punto de vista valorativo de una comunidad serán evidentes (en nuestro caso imaginario, no declarar una emergencia destinada a perseguir a los vándalos que destruyeron la estatua podría resultar mucho más perjudicial que declararla: por ejemplo, la población podría levantarse en armas para encontrar a los culpables), en otras circunstancias la prospección será justamente la inversa. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si ante el deterioro de la estatua, la población **P** comenzara a temer seriamente por la invasión de una potencia extranjera, cuando este peligro resulta inexistente? ¿Debería la autoridad política declarar una emergencia de tipo militar, imponiendo toques de queda o destinando parte del presupuesto estatal a

construir *bunkers* de guerra o a iniciar una carrera armamentística? Difícilmente semejante dispendio de recursos resulte justificable.

Paso 2. El requisito podría interpretarse de la misma manera pero con una salvedad: si los predicados valorativos que detenta una población solo pueden mencionarse, mas no usarse —es decir, si solo pueden relatarse, mas no compartirse, a la manera del observador empático de WILLIAMS (*cfr.* 1997: 181)[14]—, al menos debe estar garantizado que ellos no impliquen proposiciones empíricas falsas. Más allá de que la doctrina no parece dispuesta a abrazar un requisito así reconstruido, esta reinterpretación situaría a la autoridad política y al Poder Judicial en una posición de equidistancia con respecto a los valores de la ciudadanía.

Ahora bien, ¿por qué la autoridad política habría de estar impedida de usar términos valorativos y compartir el punto de vista de la población a la que representa? ¿No es precisamente eso lo que se pide en general de ella? Una interpretación como esta parece ignorar que la dinámica democrática de un régimen representativo de gobierno, si bien parece presuponer la posibilidad de que el poder democráticamente electo pueda figurarse o constatar los intereses y las valoraciones de los representados —para así actuar en consonancia con ellos—, no requiere que sean exclusivamente estas valoraciones las que señalen el camino. Esto está relacionado con el principio de «prohibición del mandato imperativo», en cuya defensa explícita no ingresaré aquí por cuestiones de espacio (al respecto, *vid.* SÁNCHEZ, 2010).

Por otro lado, esta reinterpretación del requisito parece dar por sentado el carácter no problemático del procedimiento tendiente a descubrir cuáles son los valores sociales imperantes, ignorando además el peso que poseen los partidos políticos y las campañas electorales a la hora de llegar no solo a descubrir estos valores, sino también a crearlos y/o regenerarlos (*cfr.* THOMPSON, 1999). En este sentido, nunca será cierto que el Poder Judicial y el Poder Político se sitúen en una posición de equidistancia epistémica con respecto a los valores que sustente una comunidad determinada.

Paso 3. Hagamos de cuenta que adoptamos mecanismos democráticos en el proceso de selección de nuestros jueces. Esto podría resultar indeseable por varias razones (al respecto, *vid.* GUARNIERI y PEDERZOLI, 2002), pero supongamos que sucede tal cosa, con lo que la preocupación planteada en el punto anterior es desactivada. Bajo esta óptica, el requisito se vuelve innecesario o incoherente, ya que no se alcanza a entender por qué es la autoridad política la que debe construir el presupuesto habilitante y no, por ejemplo, la propia autoridad judicial. Además, tampoco se explicaría por qué la autoridad política debiera restringirse a *constatar* lo que la sociedad valora y no inclinarse precisamente a *valorar*. Si lo que dota de legitimidad a una decisión política viene dado, entre otras cosas, por el hecho de que reúna ciertas credenciales democráticas, ¿no será porque la asunción de un punto de vista valorativo resulta consustancial a ella, sin importar sobre qué materia de la realidad verse o se pronuncie?

[14] Escribe allí WILLIAMS: «Un observador empático puede seguir las prácticas de la gente que observa. Puede relatar, anticiparse, y hasta hacerse parte de las discusiones sobre el uso del concepto que esa gente emplea. Pero como sucede con otros de esos conceptos que observa, los que se relacionan con la religión, por ejemplo, o con la brujería, el observador puede en última instancia no identificarse con el uso del concepto: puede que realmente no sea un concepto suyo».

7. A MODO DE CIERRE: VALORACIONES, OBJETIVIDAD Y DEMOCRACIA

Más allá de que las reflexiones formuladas a lo largo de este trabajo parecieran arrojar la conclusión de que resultaría *imposible* o *inviable* construir el presupuesto habilitante de una emergencia prescindiendo de consideraciones valorativas formuladas desde un punto de vista participante, aquí quisiera despejar este malentendido para decir que aunque dicha tarea bien puede ser perfectamente *posible*, ella resulta pragmáticamente *innecesaria*.

Por empezar, ¿por qué es posible? En pocas palabras, por la misma razón por la cual en principio es siempre posible describir cualquier cosa, hecho, evento, situación o circunstancia, evitando la utilización de términos valorativos. Lo que no es posible, sin embargo, es prescindir de consideraciones valorativas a la hora de entender la relevancia de una descripción. En el caso de aquellas descripciones que aluden a las propiedades intrínsecas que caracterizan a un hecho bruto, esto se puede ver con la ayuda de un ejemplo muy sencillo. Supóngase que un simple transeúnte escucha al pasar la siguiente oración pronunciada por un desconocido: «la bóveda en la que se encuentra la reliquia es de acero inoxidable». Incluso asumiendo que el desconocido está realizando un empleo convencional del lenguaje, ¿existe acaso una manera de que el transeúnte pueda averiguar el sentido que posee esta oración basándose tan solo en el significado que habitualmente le atribuimos a las palabras que la integran? Parece evidente que hasta no conocer el contexto práctico-normativo en el que tiene lugar el enunciado, su sentido se mantendrá como un gran interrogante.

Supóngase ahora que el transeúnte decide indagar más sobre el asunto y averigua que el desconocido en cuestión se trata de un reputado arqueólogo que trabaja para una conocida universidad. La reliquia referida en su enunciado constituye una joya muy valiosa de la Antigüedad Clásica que se hallaba desaparecida desde la última Cruzada. Consciente de estos datos, probablemente el transeúnte intuya que la descripción realizada mediante el enunciado anterior resulte relevante a los efectos de determinar «cómo abrir la puerta de la bóveda» (**P1**), pues esto es lo que permitiría satisfacer el interés arqueológico prevaleciente: «acceder a la reliquia» (**I1**). Pero imagínese que el transeúnte permanece un rato más escuchando la conversación del desconocido, quien acto seguido pasa a revelar información acerca de la presión exacta con que la puerta de la bóveda se encuentra cerrada. Su interlocutor, aparentemente un ingeniero que trabaja para su misma universidad, parece haberle sugerido que el Departamento de Ciencias Exactas dispone de un ariete hidráulico capaz de ejercer sobre la puerta de la bóveda una presión suficiente como para derribarla. En este contexto, no solo habrá variado el problema original sino también el interés prevaleciente. Mientras el nuevo problema en ciernes podría describirse como el problema de «cuánta presión ejercer sobre la puerta para derribarla» (**P2**), el interés podría describirse como el de «acceder a la reliquia sin importar que se dañe la bóveda» (**I2**). No obstante esta inferencia, la conversación entre los dos desconocidos prosigue y el arqueólogo, mediante un nuevo enunciado descriptivo, revela características muy específicas sobre el tipo de cerradura que bloquea la puerta, la cual constituye un mecanismo de alta sofisticación técnica, cuyo desarrollo en un estadio tan temprano de la historia era considerado inimaginable hasta el día de hoy. Esta nueva descripción, intuye el transeúnte, ya no responde a **I1** o

a **I2** sino a un nuevo interés en juego: «acceder a la bóveda pero manteniéndola intacta» (**I3**), el cual comporta a su vez una reformulación de los dos problemas iniciales. Lo que importa ahora es «cómo abrir la puerta sin dañarla» (**P3**).

Téngase presente que en ninguna de las descripciones empleadas por el arqueólogo se ha aludido expresamente al interés que se encontraba en juego. Sin embargo, es claro que lo que las ha tornado relevantes y/o transparentes y, por ende, les ha dado sentido, se trata ni más ni menos que de un interés o valor operante. Este curioso fenómeno, que ha sido extensamente estudiado desde la pragmática del discurso (*cfr.* Davis, 1991), nos permite incluso entender por qué ni siquiera las propiedades intrínsecas que caracterizarían a aquellos hechos brutos como los terremotos o las inundaciones podrían ser descriptivamente aludidas ignorando el interés prevaleciente, el cual actúa como una condición ineludible para su comprensión. Por caso, si la autoridad política decidiera referirse al número de heridos que provocó un terremoto pero omitiera aportar datos sobre el total de rutas clausuradas, probablemente ello obedezca a que considera más importante subsanar lo primero que lo segundo, o porque los recursos económicos de los que dispone el Estado son escasos. Desde ya, lo que no podría haber hecho es pronunciar juicios falsos sobre cualquiera de estos fenómenos, pero esta es otra cuestión.

Con estas aclaraciones en mente, veamos ahora qué sucede con los predicados éticos densos y algunos términos que aluden a propiedades institucionales, tales como los términos «inflación» o «recesión» que tan habitualmente emplean las autoridades políticas y los analistas sociales. ¿Qué implica dicha utilización? Poniéndolo de la manera más simple posible, implica el reconocimiento de que, no ya detrás de su utilización, sino en su utilización misma, se plasma la operatividad de un valor social o interés, el cual puede llegar a ser más o menos universal, o más o menos compartido por la ciudadanía. Así, cuando alguien describe un fenómeno social como la crisis de refugiados sirios, por ejemplo, utilizando términos como «precario» o «degradante» para referirse al tipo de campamentos en los que provisoriamente (según sería de esperar) se hallan, lo que suele estar haciendo es señalar que estos campamentos representan un problema, y que representan un problema porque transgreden algún interés o valor con el que él está comprometido. Lo mismo sucede cuando alguien emplea la expresión «alto nivel de congestionamiento» para referirse al estado de las carreteras viales de una región, y tantas otras. ¿Podría haber elegido una terminología diferente, más propiamente «intrínseca» o que no invocara términos valorativos? Por supuesto que sí, *podría* haberlo hecho. *Podría* haber optado por hablar del material en el que están construidas las tiendas de los campamentos, del tipo de camas provistas o de la humedad y el calor que allí se genera cuando llueve; del mismo modo, quien alude al estado de las rutas, podría haber optado por hablar de la cantidad exacta de vehículos por kilómetro y del tiempo que demoran los automovilistas en recorrer ciertas distancias. Sin embargo, aunque todo esto es factible, lo que se hace al obrar así es tan solo demorar para una instancia posterior la consideración del valor o interés relevante que se encuentra en juego. Justamente, los predicados éticos densos y algunas propiedades sociales tienen la virtud de permitir introducir estas valoraciones sin aplazar la consideración valorativa para una instancia posterior.

Por todo ello, pues, el requisito de reconstruir el presupuesto habilitante de una declaración de emergencia prescindiendo de todo término valorativo, si bien es de

satisfacción posible, pareciera ser, por lo demás, *innecesario*. Admitida esta peculiaridad, quedaría pendiente la tarea de construir una fórmula que sea capaz de dar cuenta del control objetivo del presupuesto habilitante en materia de emergencia que no despierte las objeciones que aquí he suscitado. Una simple razón de espacio me ha obligado a posponer su abordaje para otra ocasión (*cfr.* PARMIGIANI, 2016). Por eso, ya para concluir este trabajo, solo deseo remarcar que si el motivo de preocupación que se esconde detrás de la negativa del Poder Judicial latinoamericano a abrazar una fórmula de la emergencia que a la vez sea objetiva y valorativa, se explica por la posibilidad siempre latente de caer víctimas de un decisionismo político arbitrario, nada podría hacer menos por desalentar esta preocupación que la idea de un control judicial que se presuma valorativamente aséptico. Limitar la arbitrariedad política seguramente ha de traer grandes beneficios. Beneficios como estos, a su vez, conllevan importantes desafíos. El mayor de todos ellos, no obstante, sigue siendo cómo hacerlo sin trastocar las bases de la cultura democrática. Es este en cierto modo el desafío que al Poder Judicial imperante en buena parte de Iberoamérica todavía le restaría asumir incontestablemente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, G., 2007: *Estado de excepción*, trad. F. COSTA e I. COSTA, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 2002: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* 4.ª reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 1992: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, Alicante, núm. 12, 257-299.

ÁVILA, H., 2012: *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. L. CRIADO SÁNCHEZ, Madrid: Marcial Pons.

BOURDIEU, P., 2007: *El sentido práctico*, trad. A. DILON, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

CAVELL, S., 1979: *The claim of reason*, Oxford: Oxford University Press.

CHISHOLM, R., 1976: *Person and Object*, La Salle, Illinois: Open Court.

CIURO CALDANI, M. Á., 2007: «El Fin Judicial de la Emergencia desde el punto de vista jusfilosófico trialista - Posibilidades de debate que aclaran el sentido del derecho», en A. A. ALTERINI (dir.), *La emergencia y el caso Massa*, Avellaneda (Argentina): Editorial La Ley.

COMANDUCCI, P., 1999: *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México D. F. (México): Fontamara.

DAVIES, S. (ed.), 1991: *Pragmatics. A Reader*, New York: Oxford University Press.

DEWEY, J., 2008: *Teoría de la valoración. Un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*, trad. M. A. DI BERARDINO y Á. M. FAERNA, Madrid (España): Biblioteca Nueva.

ESQUIVEL, J., 1981: «Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral», *Crítica: revista hispanoamericana de filosofía*, 3-28.

EVANS-PRITCHARD, E. E., y GILLIES, E., 1976: *Witchcraft, oracles and magic among the Azande*, Oxford: Clarendon Press.

FERRAJOLI, L., 2001: «Pasado y futuro del Estado de derecho», *Revista internacional de filosofía política*, 17, 31-46.

FERRER BELTRÁN, J., 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.

GARGARELLA, R., 2008: «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. ROSENKRANTZ (coord.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley, 203-218.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: «Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial», en D. GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Bogotá: Palestra (Temis), 17-52.

GOODMAN, R., 2010: «Imagining a Federal Emergency Board: A Framework for Legalizing Executive Emergency Power», *NYUL Rev.*, 85, 1263-1290.

GUARNIERI, C., y PEDERZOLI, P., 2002: *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford: Oxford University Press.

GUIBOURG, R. A., 2003: «Norma, coyuntura y emergencia», en R. A. GUIBOURG (dir.), *Emergencia económica y teoría del derecho*, Avellaneda: Editorial La Ley, 5-9.

GUTMANN, A., y THOMPSON, D., 1996: *Democracy and Disagreement*, Harvard, Massachusetts: Harvard University Press.

HEMPEL, C., 1979: *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, trad. M. FRASSINETI DE GALLO *et al.*, Buenos Aires: Paidós.

KIM, J., 1982: «Psychophysical Supervenience», *Pilosophical Studies,* 41, 51-70.

LANGTON, R., y LEWIS, D., 1998: «Defining "intrinsic"», *Philosophy and Phenomenological Research,* 58, 333-345.

LEVINSON, S., y BALKIN, J. M., 2010: «Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design», *Minnesota Law Review*, 94, 1789-1866.

LEWIS, D., 1983: «Extrinsic Properties», *Philosophical Studies,* 44, 197-200.

— 1986: *Convention. A Philosophical Study*, Oxford: Basil Blackwell.

MACINTYRE, A., y KORBUT, A., 1972: «A Mistake about Causality in Social Science», en P. LASLETT y W. G. RUNCIMAN (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford: Basil Blackwell, 48-70.

MACINTYRE, A., 1977: «Is Understanding Religion Compatible with Believing?», en B. R. WILSON (comp.), *Rationality*, Oxford: Basil Blackwell, 62-77.

MANDEL, E., 1975: *La crisis*, Barcelona: Editorial Fontamara.

MARTÍ, J. L., 2006: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.

MERTON, R. K., 1980: *Ambivalencia sociológica y otros ensayos*, trad. J. L. LÓPEZ MUÑOZ, Madrid: Espasa Calpe.

MURDOCH, I., 2001: *La soberanía del bien*, trad. Á. DOMÍNGUEZ HERNÁNDEZ, Madrid: Caparrós Editores.

OLIVÉ, L. (comp.), 1993: *Ética y diversidad cultural,* México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

OROZCO HENRÍQUEZ, J., 2003: «Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional», en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa, 295-317.

PARMIGIANI, M., 2016: «¿Hacia una fórmula objetiva de la emergencia jurídica?», en *Diritto e Questioni Pubbliche,* vol. XVI, núm. 1, Universidad de Palermo, junio de 2016, 176-199.

PITKIN, H. F., 1984: *Wittgenstein: El lenguaje, la política y la justicia*, trad. R. MONTORO ROMERO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PUTNAM, H., 1983: «Convention: A Theme in Philosophy», *Realism and Reason. Philosophical Papers,* vol. 3*,* Cambridge: Cambridge University Press, 170-183.

— 2004: *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, trad. F. FORN I ARGIMON, Barcelona: Paidós.

RAWLS, J., 1980: «Kantian Constructivism in Moral Theory: Rational and Full Autonomy», *Journal of Philosophy*, LXXVII, 515-35.

— 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

RAZ, J., 2001: «The Rule of Law and its Virtues», en *Readings in the Philosophy of Law*, New Jersey: Prentice Hall, 49-55.

ROSENKRANTZ, C., 2010: «Constitutional Emergencies in Argentina: The Romans (not the Judges) Have the Solution», *Texas Law Review*, 89, 1557-1586.

SÁNCHEZ, M. M., 2010: «La prohibición del mandato imperativo en el sistema electoral español», *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 6, 223-238.

SEARLE, J., 1997: *La construcción de la realidad social*, trad. A. DOMÈNECH, Barcelona: Paidós.

— 2010: *Making the social world: The structure of human civilization*, Oxford: Oxford University Press.

TARUFFO, M., 2002: *La prueba de los hechos*, trad. J. FERRER BELTRÁN, Madrid: Trotta.

TAYLOR, Ch., 1997: *Argumentos filosóficos,* trad. F. BIRULÉS, Barcelona: Paidós.

THOMPSON, D., 1998, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos,* trad. G. VENTUREIRA, Barcelona: Gedisa.

TUSSEAU, G., 2011: «The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Band 97, Heft 4, Stuttgar: Franz Steiner Verlag, 498-530.

VALLENTYNE, P., 1997: «Intrinsic Properties Defined», *Philosophical Studies,* 88, 209-19.

WALDRON, J., 2014: «Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?», *The Yale Law Journal,* 123, 1692-1730.

WIGGINS, D., 1998a: «A Sensible Subjectivism?», en *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, Oxford: Clarendon Press, 185-214.

— 1998b: «Truth, Invention and the Meaning of Life», en *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, Oxford: Clarendon Press, 7-137.

WILLIAMS, B., 1997: *La ética y los límites de la filosofía,* trad. Luis CASTRO LEIVA, Caracas: Monte Ávila Editores.

WINCH, P., y BONACALZA, M. R. V., 1972: *Ciencia social y filosofía*, trad. M. R. VIGANO DE BONACALZA, Buenos Aires: Amorrortu.

— 1994: *Comprender una sociedad primitiva*, trad. M. J. NICOLAU y G. LLORENS, Barcelona: Paidósa.

WITTGENSTEIN, L., 1967: *Zettel*, E. ANSCOMBE y G. H. VON WRIGHT (eds.), California: University of California Press.

CONOCIMIENTOS EXPERTOS Y DEFERENCIA DEL JUEZ*
(Apunte para la superación de un problema)

Marina Gascón Abellán
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. Este trabajo analiza el problema de la deferencia judicial en el ámbito de las pruebas científicas y apunta algunos elementos para su superación. Se sostiene en primer lugar que, especialmente en el ámbito de las disciplinas forenses identificativas, la deferencia viene alimentada por el uso de expresiones individualizadoras para comunicar las conclusiones de las pericias, y que la crítica a estas prácticas ha impulsado un nuevo paradigma forense que exige recuperar para el juez su papel como decisor. A la luz de este paradigma se examinan dos exigencias para superar la deferencia: una relativa a la formulación del informe pericial y otra sobre el control judicial de fiabilidad de la prueba. Finalmente se sostiene que ninguna medida alcanzará ese objetivo si no se refuerza la base cognoscitiva del juez, y se ofrecen algunas sugerencias para ello.

Palabras clave: prueba pericial, prueba científica, deferencia judicial, control de fiabilidad de la prueba, formación de los jueces, valoración racional de la prueba.

Expert Evidence and Judicial Deference. (Some remarks for overcoming deference)

ABSTRACT. This paper addresses the problem of judicial deference to forensic experts and puts forward some ideas about how to overcome it. It is first argued that in the field of forensic identification deference is prompted by the widespread use of individualization statements when reporting forensic findings to the courts, and it is also held that the new forensic paradigm resulting from the criticism to this practice calls for restoring the courts to their role as decision-makers. On the basis of the new paradigm, two types of measures for overcoming deference are examined: one relating to the content of expert reports, the other to judicial scrutiny for their reliability. Finally, the claim is made that no measure will meet that objective without previously enhancing the cognitive basis of fact-finders, and suggestions in this respect are offered.

Keywords: expert testimony, forensic evidence, judicial deference, reliability of expert evidence, admissibility of scientific evidence, education of the judiciary, rational assessment of evidence.

* Fecha de recepción: 28 de julio de 2016. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.18

1. CONOCIMIENTOS EXPERTOS Y PRUEBA. SOBREVALORACIÓN DE LAS PRUEBAS «CIENTÍFICAS» Y DEFERENCIA DEL JUEZ

En un mundo donde la especialización y complejidad del conocimiento es cada vez mayor el recurso a los expertos de las distintas ramas del saber juega un importante papel en la vida del derecho. La presencia de la experticia está particularmente presente en la resolución judicial de las controversias, donde expertos en los más variados asuntos auxilian diariamente a jueces y abogados realizando las pericias que precisan para el esclarecimiento de hechos controvertidos. La variedad de tipos de pericia es enorme. Hay expertos en ingeniería, en reconstrucción de accidentes, en contabilidad, en seguros, en paleontología, en medicina (en todas las especialidades médicas que seamos capaces de identificar), en bioquímica, en caligrafía, en marcas de mordeduras, en violencia doméstica, en arquitectura, en sociología, en informática, en diseño industrial, en balística, en análisis de la conducta, en ADN, en autenticidad de obras de arte, en religiones, en epidemiología, en síndrome post-traumático, en toxicología, en abuso sexual infantil, en huellas digitales, etc. Hay expertos para casi todo. Pero entre la inmensa variedad de pericias que juegan un papel en los tribunales destacan, por obvias razones, las que aparecen como «científicas». Sobre ellas centraré mi análisis[1].

Los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba y, a través de las diversas técnicas forenses, juegan un papel cada vez más importante en todos los procesos. Los desarrollos han sido espectaculares en el campo de la genética forense, que ha marcado un antes y un después en la resolución de numerosos problemas judiciales, como la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como manchas de sangre, saliva, esperma o pelos. El potencial de la huella genética es de tal magnitud que su uso en los tribunales se ha convertido ya en moneda corriente. Pero no es solo la prueba de ADN la protagonista de este *boom.* También hay otras pruebas científicas, como las provistas por la balística, la odontología forense, la acústica forense, el análisis de pintura, de drogas y otras sustancias, de fibras y materiales, de fluidos, de restos de fuego o de disparo, el análisis microscópico de cabellos, el examen de huellas dactilares, de escritura manuscrita, de marcas de herramientas o de mordeduras, de impresiones de calzado o de neumáticos, que juegan un papel protagonista en muchos procesos. Es más, las pruebas científicas se han convertido en la clave para probar algunos hechos que de otro modo difícilmente podrían haberse probado. Precisamente por su utilidad y rendimiento en el proceso, el recurso a estas pruebas es cada vez más demandado.

Pero la importancia de las pruebas científicas en la práctica procesal no ha ido acompañada de un proceso paralelo de cautelas y controles en relación con ellas. Más

[1] Por pruebas científicas entenderé aquí las vinculadas a los conocimientos de las llamadas a veces «ciencias duras», como la física, la química, las matemáticas, la biología, la ingeniería, etc. Quedan en cambio fuera de mi consideración aquí las conectadas a la psicología, la sociología u otros campos similares del saber que juegan también un importante papel en el proceso. Con ello no se pretende decir que esos otros campos del conocimiento no merezcan el nombre de «ciencias». Esa es otra cuestión. Pero me ceñiré aquí a las primeras porque representan el paradigma de lo que se entiende por «ciencia» y porque sus afirmaciones sobre el mundo gozan de un altísimo prestigio.

bien ha sucedido lo contrario. Precisamente por el hecho de presentarse como «científicas» (y porque la mayoría de las veces —al menos en Europa— provienen de los laboratorios oficiales de la policía científica), estas pruebas han ido acompañadas de un aura de objetividad y prestigio que ha frenado la reflexión crítica sobre las mismas, con el resultado de que su fiabilidad y su valor probatorio se asumen con frecuencia como dogmas de fe[2]. El conocido como «efecto CSI» levanta acta de esta situación. El fenómeno hace referencia al tremendo impacto que en el imaginario popular han tenido algunos *booms* televisivos como la serie norteamericana CSI (*Crime Scene investigation*) y otras similares que, al exhibir el exitoso uso policial de diversas técnicas forenses (especialmente las relacionadas con la criminalística identificativa), han aumentado de manera espectacular las expectativas depositadas en ellas. Con un efecto en la praxis judicial: sobre todo en los procesos penales se ha generado una demanda cada vez mayor de pruebas científicas y una reticencia a condenar en ausencia de las mismas. Diversos estudios cuestionan que estas series televisivas hayan potenciado la sobrevaloración de las pericias forenses, y algunos de ellos sugieren incluso que los espectadores habituales de estas series suelen ser más críticos con este tipo de pruebas[3]. En todo caso, y sean cuáles sean las causas principales del fenómeno, de lo que no cabe duda es de la gran confianza que en general se deposita en los informes que provienen de los «expertos de bata blanca».

La sobrevaloración de las pruebas científicas alimenta una *actitud deferencial* del juez hacia las declaraciones de los expertos. El fenómeno no puede sorprender. La deferencia es una actitud generalizada ante cualquier pericia (y no solo la científica), pues careciendo el juez de los conocimientos expertos que le permitirían hacer una valoración crítica del informe pericial es lógico que tienda a vincularse él. Pero cuando además se magnifica la confianza que ese tipo de pericia merece, la tendencia a la deferencia resulta mucho más acusada. Y esto es lo que sucede con las pruebas científicas. El alto prestigio del que gozan hace que el informe pericial se asuma sin mayor cuestionamiento y, de paso, el juez queda descargado de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión: basta con alegar que hubo prueba científica y que esta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final.

Pero la deferencia plantea problemas. El más evidente desde un punto de vista meramente institucional seguramente sea su complicado encaje en un sistema que confiere a los jueces (independientes e imparciales) la tarea de decidir sobre los hechos controvertidos y por consiguiente la de valorar las pruebas presentadas, incluidas las forenses. Porque, en efecto, la «cientificidad» de la prueba, por sí misma, no cierra la cuestión de su fiabilidad, y menos aún la de su valor probatorio, que debe ser resuelto por el tribunal en cada caso en virtud del principio de libre valoración[4]. Sin embargo cuando se actúa deferencialmente y las conclusiones del informe pericial se asumen sin

---

[2] De esta actitud beatificadora de los informes prevenientes de los laboratorios de la policía científica advertía hace ya algunos años J. IGARTUA, «Prueba científica y decisión judicial: unas anotaciones propedéuticas», *Diario La Ley*, núm. 6812, 2 de noviembre de 2007.

[3] *Cfr.* N. J. SCHWEITZER y J. SAKS, «The CSI Effect: Popular Fiction About Forensic Science Affects Public Expectations About Real Forensic Science», *Jurimetrics*, vol. 47, Spring 2007.

[4] En el mismo sentido, J. WRÒBLEWSKI: «la referencia a la ciencia especializada no excluye la valoración de las pruebas», en «La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación», en *id.,* «*Sentido» y «hecho» en el derecho*, San Sebastián, UPV, 1969, 185.

mayor cuestionamiento podría decirse que es el propio perito quien indica al juez lo que debe creer sobre el *factum probandum*. Pero de este modo los peritos se convierten en decisores de la causa y, por consiguiente, se termina instaurando un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los expertos. Naturalmente podría alegarse que la deferencia no solo es comprensible sino que además está justificada precisamente porque el juez carece de los conocimientos necesarios para cuestionar el informe pericial[5]. En definitiva, porque no puede ser *peritus peritorum*, por más que esa expresión esté muy extendida en la comunidad jurídica. Sin embargo eso no alivia en lo esencial el problema señalado, que sigue siendo la alteración que la deferencia produce en un sistema de prueba que confiere a los jueces (y no a los expertos) la decisión sobre los hechos.

Pero no es este el único (ni desde luego el más grave) problema que la deferencia plantea. El problema más serio es que el proceder deferencial implica una falta de control judicial sobre la fiabilidad de lo que el experto declara (y en particular sobre la fiabilidad de los conocimientos y técnicas usadas), lo que muchas veces permite la entrada en el proceso de auténtica basura pericial (*junk science*, en la ya famosa expresión popularizada por Peter HUBER[6]), datos con poco o nulo fundamento científico que son aceptados por los jueces y que pueden conducirles a cometer serios errores. Este peligro ha sido denunciado en el *NRC Report*, donde expresamente se dice que en algunos casos testimonios e informes periciales basados en análisis forenses defectuosos o en metodología con poco o insuficiente fundamento científico han podido contribuir a la condena de gente inocente, y se advierte, en consecuencia, del potencial peligro que comporta atribuir un peso indebido o desmedido al testimonio de los expertos[7]. Es más, el denominado *Innocent Project*, puesto en marcha por los abogados Barry SCHECK y Peter NEUFELD en la Cardozo Law School para demostrar, mediante pruebas de ADN, la inocencia de un buen número de condenados, ha puesto de relieve no solo la fragilidad de los medios de prueba tradicionales, como los testimonios y las confesiones, sino también de muchas pruebas forenses sobre las que se basan algunas de estas condenas[8]. Muy brevemente, cuando el derecho y la pseudociencia se combinan los errores judiciales no son raros. Por eso la deferencia (al comportar una falta de control sobre la fiabilidad del dictamen pericial) no es la mejor actitud para el interés epistémico del proceso: realizar afirmaciones *veraces* sobre los hechos controvertidos[9].

---

[5] O podría alegarse que por lo menos algún tipo de «deferencial débil» puede estar justificada, como defiende por ejemplo T. WARD, «Expert Testimony, Law and Epistemic Authority», *Journal of Applied Philosophy*, 2016.

[6] P. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom,* New York, New York Basic Books, 1991.

[7] National Research Council Report, *Strengthening Scientific Evidence in the United States: A Path Forward*, Washington D.C, The National Academies Press, 2009 (en adelante NRC Report 2009), donde se lee expresamente: «*For decades, the forensic science disciplines have produced valuable evidence that has contributed to the successful prosecution and conviction of criminals as well as to the exoneration of innocent people... Those advances, however, also have revealed that, in some cases, substantive information and testimony based on faulty forensic science analyses may have contributed to wrongful convictions of innocent people. This fact has demonstrated the potential danger of* giving undue weight to evidence *and testimony derived from imperfect testing and analysis. Moreover,* imprecise or exaggerated expert testimony *has sometimes contributed to the admission of erroneous or misleading evidence*» (p. 4).

[8] Puede consultarse la página web del proyecto en *www.innocenceproject.org.*

[9] *Cfr.* en este punto R. J. ALLEN («The Conceptual Challenge of Expert Evidence», *Discusiones filosóficas*, vol. 14, núm. 23, 2013), quien subraya cómo el proceder deferencial ante los conocimientos expertos está en contradicción con la aspiración epistémica del proceso.

2. ALGUNAS CAUSAS DE LA DEFERENCIA. LA INDIVIDUALIZACIÓN EN LAS DISCIPLINAS FORENSES IDENTIFICATIVAS

La sobrevaloración de las pruebas científicas que subyace a la actitud deferencial hacia los informes y declaraciones de los expertos es en cierto modo sorprendente. Primero porque nada es menos «científico» que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica. Pero además (y sobre todo) porque la mayor parte de estas pruebas están basadas en leyes estadísticas y sus resultados han de ser aún interpretados a la luz de otros datos, y por tanto difícilmente puede hablarse de «objetividad» y mucho menos de infalibilidad en relación con las conclusiones obtenidas a raíz de las mismas. No obstante hay varios elementos que explican esa sobrevaloración.

El primero de ellos tiene que ver con una deficiente cultura científica que conduce a depositar unas expectativas exageradas en los análisis y ensayos que provienen de la ciencia. En efecto, si las pruebas científicas no se han situado bajo una mirada crítica (como sí ha sucedido en cambio para el resto de pruebas) es porque se tiene una concepción irreal de lo que la ciencia puede hacer en la práctica. Porque se ignora que la mayoría de las pruebas científicas se expresan en un juicio de probabilidad en el caso particular que tiene un componente personal o subjetivo[10]. Porque se asume —aunque sea de forma vaga e intuitiva— que mientras las pruebas no científicas están basadas en generalizaciones empíricas de débil fundamento (por lo común máximas de experiencia), las científicas se fundan en conocimientos y leyes concluyentes que además son aplicadas con una rigurosa metodología, por lo que sus resultados, si la prueba se ha realizado bien, pueden tenerse por incuestionables o fuera de toda duda. En definitiva, porque se piensa que el conocimiento que se obtiene en las salas de los tribunales es frágil, y en cambio lo que sucede en los laboratorios de la policía científica es otra cosa.

Por otra parte, tampoco puede desconocerse la gran influencia que sobre esa visión acrítica de la ciencia forense ha tenido la prueba del ADN. El gran desarrollo científico de sus métodos y técnicas de análisis permite hoy sostener fundadamente su capacidad para vincular, con un alto nivel de fiabilidad, una muestra examinada con una persona concreta o un objeto. Ello no significa que en esta prueba no siga habiendo muchas cuestiones debatibles y que en todo caso puedan existir fallos de todo tipo en su realización[11]. Significa tan solo que el nivel de investigación y discusión científica

---

[10] «Cualquier juicio sobre probabilidad en un caso particular, incluso aunque el juicio esté basado en una frecuencia relativa, tiene una componente basada en conocimiento personal». Esto es lo mismo que decir que cualquier juicio sobre probabilidad es esencialmente personal y, por tanto, subjetivo. Los que entienden los resultados estadísticos como resultados objetivos en el sentido de interpretarlos como incontrovertibles y universalmente alcanzables tienen una concepción irreal de lo que la ciencia puede hacer en la práctica. Puede hablarse de objetividad entendida como acuerdo intersubjetivo. En este sentido es más fácil que los científicos acepten unos resultados si están basados en frecuencias relativas que si lo están en valoraciones subjetivas de probabilidad, pero ese acuerdo no implica, en ningún caso, que los científicos crean que los resultados son incontrovertibles (F. TARONI, C. AITKEN, P. GARBOLINO y A. BIEDERMANN, *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*, Chichester, John Wiley and Sons Inc., 2006, cap. 1: «The Logic of Uncertainty», p. 21).

[11] Me remito al interesante y esclarecedor libro de E. E. MURPHY, *Inside the Cell: The Dark Side of Forensic DNA*, 2015. La autora muestra en su estudio la cara oscura de la prueba de ADN: laboratorios poco o nada supervisados que producen resultados inconsistentes; fiscales que fuerzan el análisis de muestras biológicas

sobre esta prueba es muy alto y el consenso alcanzado sobre la misma también, de modo que hoy es comúnmente aceptado que si en su realización se han seguido rigurosos controles de calidad no hay gran motivo para desconfiar de sus resultados. Por ello no debe extrañar que el enorme crédito alcanzado por esta prueba genética (el *gold standard* de la ciencia forense) se haya proyectado también, como una suerte de «efecto irradiación», sobre otras muchas disciplinas forenses que, sin embargo, no gozan en absoluto del grado de investigación y desarrollo del análisis de ADN.

Pero la magnificación de las pruebas científicas no se explica solo por el aura de objetividad y prestigio que rodea la ciencia. Obedece también (y diría que sobre todo) al modo en que los expertos de las áreas de criminalística identificativa (es decir, las que tratan de identificar personas u objetos a partir de vestigios recogidos en la inspección ocular y relacionados con el hecho criminal) suelen comunicar a los tribunales las conclusiones de los análisis que han realizado. Poner el foco en lo que sucede en estas disciplinas me parece importante, porque constituyen una parte esencial de la aportación de la ciencia forense al proceso.

Los expertos de estas disciplinas comunican con frecuencia sus hallazgos usando expresiones individualizadoras: afirmaciones de que un vestigio hallado en la escena del crimen que presenta una coincidencia relevante con una fuente específica (porque ambos comparten un número suficiente de características) *proviene de* esa fuente. Por ejemplo, que el casquillo examinado mediante una prueba de balística salió de una cierta pistola; o que la impresión de calzado analizada pertenece a la víctima; o que la huella dactilar latente encontrada en el arma del crimen pertenece al acusado; o que la escritura manuscrita examinada fue hecha por el demandado; o que la voz analizada que realizó la llamada telefónica avisando de la colocación del artefacto explosivo pertenece al acusado, etc. En definitiva, los peritos expresan con frecuencia los resultados de las pruebas justamente en los términos en que el juez debe pronunciarse, y de este modo las pruebas aparecen como una poderosa herramienta que «cierra» la decisión judicial. Es verdad que frecuentemente los expertos comunican sus conclusiones de un modo más «técnico». Diciendo, por ejemplo, que los cabellos encontrados en el cuerpo de la víctima son compatibles con el sospechoso y añadiendo que la probabilidad de que provengan de cualquier otra persona es 1 entre 10.000. Pero esta forma más depurada de testificar no cambia, en mi opinión, mucho las cosas. Sigue sugiriendo que los análisis forenses son capaces de vincular el vestigio analizado con su fuente de procedencia, y en la medida en que los análisis se presentan como «científicos» sus resultados son muy persuasivos, particularmente cuando el experto viste una bata de laboratorio.

Esta manera de interpretar y comunicar los resultados de las pruebas expresa lo que en el ámbito de la ciencia forense se denomina el *paradigma de la individualiza-*

---

excesivamente pequeñas y de pobre calidad que hacen que sus resultados sean altamente subjetivos y puedan conducir a error; trazas del ADN de una persona aparecidas en un lugar donde esa persona nunca ha estado o en un objeto que nunca ha tocado y que podrían incriminarla en un hecho delictivo; errores que los jueces pueden cometer al interpretar los datos estadísticos que expresan la coincidencia entre los perfiles comparados; por no hablar de la masiva e inquietante compilación de datos que se realiza sin mayor control en las bases de datos de ADN policiales. Sobre los problemas de esta prueba genética puede verse también W. C. THOMPSON, «Tarnish on the "gold standard": understanding recent problems in forensic DNA Testing», en *The Champion*, 2006, 10-16; o D. J. BALDING y J. BUCKLETON, «Interpreting low template DNA profiles», en *Forensic Science International: Genetics,* 4, 2009, 1-10.

ción, que se asienta sobre la asunción teórica de que la *unicidad* existe. La unicidad significa que un vestigio o marca desconocida m_x solo puede provenir de una fuente f_1, con exclusión de todas las demás, y se refleja en la creencia de que podemos llegar a identificar plenamente un individuo o un objeto a partir de vestigios. La individualización, en palabras simples, reposa en la asunción teórica de que «la naturaleza nunca se repite». Mediante un análisis científico forense —es la idea rectora de este paradigma— se puede *individualizar* la marca o vestigio analizado, o sea se puede determinar con adecuada fiabilidad si esa marca o vestigio procede de una fuente específica (un individuo o un objeto), con exclusión de cualquier otra en el mundo[12]. La mayoría de las técnicas forenses tradicionales de identificación criminal declaran en términos de individualización, asumiendo así no solo que la «unicidad» existe sino que además la individualización puede ser conseguida.

Las cosas, sin embargo, no son así, pues los conocimientos científicos disponibles no permiten sostener una tesis tan fuerte. De hecho en los últimos años el paradigma de la individualización ha recibido fuertes críticas por parte de la comunidad científica.

3. LA AUTOCRÍTICA EN LA CIENCIA FORENSE: LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE PARADIGMA

En los últimos años, en efecto, la comunidad científica forense, revisando el estado de sus diversas ramas, viene realizando una profunda autocrítica que se concentra particularmente sobre aquellas disciplinas que siguen comunicando sus conclusiones (sea en el informe pericial, sea en la eventual declaración del experto en el juicio) mediante el uso de expresiones individualizadoras. La expresión más acabada de estas críticas la constituye el ya mencionado *NRC Report 2009*, que considera que, por más que se trate de una forma de declarar simple e intuitiva, no resulta aceptable: la tesis no comprobada de que es posible vincular un vestigio de origen desconocido a una *única* fuente responde a una equivocada intuición probabilística que iguala infrecuencia con unicidad[13]. La unicidad no ha sido establecida en ninguna de las disciplinas forenses tradicionales, como el examen de escritura manuscrita, impresiones de neumáticos y de calzado, marcas de herramientas y armas de fuego o huellas dactilares. Pero es más, incluso si se considerase que la unicidad existe, tales disciplinas padecen fuertes

[12] Aludiendo al paradigma de la individualización, el *NRC Report 2009*, dice que los analistas creen que algunas marcas son únicas «(típicamente las impresiones de calzado y de neumáticos, las impresiones de crestas procedentes de la dermis, marcas de herramientas y de armas de fuego, y exámenes de escritura manuscrita)» [...] Y creen que «esa unicidad es transmitida fielmente desde la fuente a la evidencia que es objeto de examen (o en el caso de los exámenes de escritura manuscrita, que los individuos adquieren hábitos que dan lugar a una escritura individualizada). Cuando la evidencia y la fuente de donde pueda proceder se comparan, una conclusión de individualización implica que la evidencia se originó desde esa fuente, con exclusión de todas las demás fuentes posibles» (p. 43).

[13] M. J. Saks y J. J. Koehler, «The Individualization Fallacy in Forensic Science Evidence», *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, núm. 1 (2008), 199-219. D. H. Kaye, «Probability, Individualization and Uniqueness in Forensic Science: Listening to the Academies», *Brooklyn Law Review*, vol. 75, núm. 4 (2010). Como D. H. Kaye comenta (nota núm. 44), «existe un riesgo nunca igual a cero al aceptar cualquier inferencia sobre un parámetro poblacional. La distancia entre la muestra y la población requerirá siempre un salto de fe. Lo único que vale la pena debatir es la longitud del salto». *Cfr.* también D. A. Stoney, «What Made Us Ever Think We Could Individualize Using Statistics?», *J. Forensic Science Society*, vol. 31 (1991).

restricciones epistemológicas que impiden interpretar la *coincidencia* entre una marca desconocida m_x y una fuente f_1 en términos absolutos: la coincidencia entre m_x y f_1 se basa en que ambas comparten una serie de rasgos ($r_a...r_n$) que los expertos consideran suficientes para afirmar que m_x procede de f_1; pero lo cierto es que —salvo en casos excepcionales— no se ha comparado m_x (porque no se puede comparar) con todas las demás fuentes ($f_2...f_n$) de las que podrían provenir esos rasgos y, por consiguiente, no se han podido excluir esas fuentes. Por eso afirma el *NRC Report* que, con excepción del análisis de ADN nuclear, no existe base científica para expresar las conclusiones de los informes periciales en términos individualizadores[14]. Y también por eso, si un juez desapasionado examinara el estado actual de las ciencias forenses tradicionales muy probablemente consideraría sus afirmaciones como «plausibles, insuficientemente investigadas y sobrevendidas»[15].

Los científicos y los estadísticos sostienen que el único modo riguroso de interpretar los resultados de estas pruebas es hacerlo, no en términos de individualización (o de identificación de un vestigio con una fuente) sino en términos de *verosimilitud* (*likelihood*). Las verosimilitudes expresan la probabilidad de observar un dato encontrado si se considera que es cierta una hipótesis: por ejemplo, qué probabilidad hay de que se observen los datos encontrados en una pericia si se considera cierta la tesis defendida por la acusación, o qué probabilidad hay de que se observen esos datos si se considera cierta la tesis defendida por la defensa. Aunque el juez está interesado en conocer las probabilidades de las hipótesis defendidas por las partes a la luz de los datos resultantes de las pericias, en criminalística identificativa todo lo que el perito puede hacer es calcular verosimilitudes. Por dejarlo más claro: lo que el perito puede (o debe) hacer cuando interpreta y comunica los resultados de las pruebas realizadas es expresar una ratio de verosimilitud (una *likelihood ratio*), o sea la *probabilidad de observar los datos analíticos y técnicos obtenidos en los test* si se considera cierta una hipótesis frente a la probabilidad de observar esos mismos datos si se considera cierta la hipótesis contraria; y no al revés, es decir *no puede hablar de la probabilidad de las hipótesis judiciales* a la luz de esos datos[16]. O aún más claramente: la *probabilidad* de una hipótesis a la luz de los datos obtenidos en las pruebas practicadas (que es lo que el juez desea saber) mide la *incertidumbre* de esa hipótesis; la *ratio de verosimilitud* (que es lo que el experto puede aportarle al juez) mide la *fuerza con que los datos apoyan* una hipótesis frente a la otra.

La consecuencia de lo anterior es clara: no existe fundamento racional para que el perito sostenga categóricamente en su informe que ha sido capaz de identificar a una persona o un objeto a partir de los análisis de un vestigio llevados a cabo en el laboratorio[17]; como tampoco existe fundamento para que realice una valoración

---

[14] Así lo señala el *NRC Report* 2009, 7.

[15] M. J. SAKS y J. J. KOEHLER, «The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science», *Science*, vol. 309 (2005), 892.

[16] Esta necesidad de interpretar y comunicar al tribunal los resultados de los análisis realizados en una forma apropiada ha sido fuertemente destacada por la obra de C. AITKEN y F. TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, 2.ª ed., Chichester, John Wiley & Sons, 2004. Y en ello ha insistido también después el *NRC Report 2009*.

[17] Para un análisis detallado de las críticas recibidas por el paradigma de la individualización, remito al trabajo conjunto M. GASCÓN y J. J. LUCENA, «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar», en *Revista La Ley*, núm. 7481, 4 de octubre de 2010.

probabilística sobre la posibilidad de atribuir ese vestigio a esa persona u objeto. El resultado de un análisis de voz, por ejemplo, no dice, ni categórica ni probabilísticamente, que la voz analizada pertenezca a tal o a cual persona, sino que solo aporta *datos* que, una vez interpretados con las adecuadas herramientas estadísticas, expresan una *ratio de verosimilitud* y dicen cosas del siguiente tipo: «es *x* veces más probable que se observen los datos encontrados en el análisis si la voz pertenece al acusado que si no pertenece a él». Por eso, la extendida costumbre (particularmente arraigada en las técnicas forenses tradicionales) de declarar en términos de identificación categórica o simplemente probabilística, estableciendo así lo que debe creerse sobre la hipótesis judicial en examen, debe ser abandonada[18]. Por lo demás, como ha subrayado Chistophe CHAMPOD en su dura crítica al paradigma de la individualización, la ciencia forense, para ser útil, no necesita manejar ese paradigma, por lo que debe ser erradicado[19].

El llamado por Richard ROYALL *paradigma de la verosimilitud*[20] es —frente al de la individualización— el que se presenta como modelo a seguir en las disciplinas forenses identificativas. Dicho paradigma se erige sobre la distinción entre las tres preguntas básicas que cabe formular una vez que el perito ha realizado los análisis o exámenes pertinentes. Supongamos que, mediante una prueba de comparación de voces, se ha comparado una voz desconocida con la voz de un sospechoso y se ha obtenido un resultado positivo: se ha observado una coincidencia relevante entre las voces. Las tres preguntas mencionadas son las siguientes: ¿constituye esa observación algún *apoyo* en favor de la hipótesis de que la voz es del sospechoso?; ¿puedo *creer* a partir de ahí que la voz es del sospechoso?; ¿puedo *actuar* a partir de ahí como si la voz fuese del sospechoso? Sumariamente: (1) *¿qué nos dicen los datos* u observaciones como prueba en favor de la hipótesis en examen? (2) *¿qué ha de creerse* a partir de esos datos?; y (3) *qué ha de hacerse?*[21]. En mi opinión, esta distinción se presenta como una importante herramienta para reconstruir la interacción entre el experto y el juez cuando se ha realizado una pericia científica. De hecho permite realizar un deslinde neto entre las tareas del perito y las del juez y recupera para este su rol como decisor. Brevemente: proporciona una razón para superar la deferencia.

---

[18] Uno de los ensayos más estimulantes de los últimos tiempos sobre el uso de la estadística en la ciencia forense, la obra de R. ROYALL, *Statistical Evidence*, denuncia explícitamente que el uso de métodos estadísticos estándar conduce muchas veces a tergiversar los resultados de las pruebas: unas veces dándoles un peso mayor o menor del que realmente tienen; otras, considerando que *los datos estadísticos apoyan un resultado cuando en realidad sucede justo lo contrario* (R. ROYALL, *Statisticall Evidence: A Likelihood Paradigm*, Monographs on Statistics and Applied Probability, London, Chapman & Hall/CRC, 1997, Prefacio, xi). Y esto último sucede, no porque los expertos usen mal la estadística sino justamente porque domina el paradigma de la individualización.

[19] Ch. CHAMPOD, *Interpretation of evidence and reporting in the light the 2009 NRC report*. Keynote Speech of the Interpretation and Evaluation Session of the V Conference of the European Academy of Sciences held in Glasgow (Scotland), University of Strathclyde, 8-11 September 2009.

[20] R. Royall, *Statistical Evidence: A Likelihood Paradigm*, *op. cit.*

[21] Para un desarrollo más extenso del alcance de este paradigma remito a «Razones científico jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar» (M. GASCÓN y J. J. LUCENA), *La Ley*, *op. cit.*

Lo que dicen los datos

Responder a la primera pregunta (*qué dicen los datos*) es la principal tarea del perito en el proceso, quien (por seguir con nuestro ejemplo: una prueba de comparación de voces) deberá *interpretar el resultado* de la prueba en el laboratorio (supongamos que positivo: los rasgos de las voces comparadas presentan una coincidencia relevante) dándole un alcance en relación con las hipótesis enfrentadas (supongamos que *Ha*: la voz pertenece al sospechoso; y *Hb*: la voz no pertenece al sospechoso). Muy simplemente, se trata de interpretar si los datos apoyan (y con qué fuerza apoyan) una hipótesis frente a la otra. Recordemos que la interpretación de esos resultados ha de expresarse (verbal o numéricamente) mediante una *likelihood ratio*, y es importante que se haga bien, porque es lo que se refleja en las conclusiones del informe pericial y por consiguiente lo que se va a comunicar al juez.

Lo que ha de creerse

Una vez que los datos han sido interpretados y expresados adecuadamente en el informe pericial hay que responder a la segunda pregunta: qué debe creerse sobre la hipótesis litigiosa (es decir, cuál es su *probabilidad*) a partir de esos datos, y la respuesta dependerá no solo de la información suministrada por el experto (lo que dicen los datos una vez interpretados por él) sino también de la derivada del resto de pruebas disponibles en la causa. Esta tarea decisional expresa la *valoración de la prueba* y es evidente que corresponde al juez, por dos simples razones. En primer lugar, porque lo que debe creerse sobre la hipótesis litigiosa depende —ya se ha dicho— no solo de lo que dicen los datos obtenidos en la pericia sino también de lo que dicen las demás pruebas disponibles, y es el juez quien posee esa información. En segundo término (y decisivamente) porque son los jueces, independientes e imparciales, quienes tienen *institucionalmente* atribuida la tarea de decidir el conflicto, y en consecuencia son ellos (y no los expertos) quienes deben determinar también lo que hay que creer sobre los hechos litigiosos una vez que se ha practicado la prueba. Por eso resulta claro que el paradigma de la individualización no es compatible con este esencial principio del sistema jurídico, pues si el informe pericial usara expresiones individualizadoras del tipo «la voz desconocida analizada proviene (o es probable que provenga) del sospechoso», habría sido el perito (y no el juez) quien habría determinado lo que hay que creer sobre ese punto.

En suma, la neta distinción entre la tarea del perito (interpretar y comunicar lo que dicen los datos) y la del juez (valorarlos a la luz de los demás datos y pruebas disponibles) es el núcleo del paradigma de la verosimilitud. El paradigma de la individualización, por el contrario, no distingue entre ambas tareas, pues propicia que el perito declare en términos de «el vestigio v_x procede de la fuente f_1 (por ejemplo, el acusado)», que son los términos en que debe expresarse el juez como resultado de haber valorado prueba, e impulsa de este modo una actitud deferencial del juez[22].

[22] Por lo demás, este modo de declarar los expertos no solo impulsa la deferencia sino que además da lugar a múltiples malinterpretaciones y en ocasiones a serios errores judiciales. Esto, por ejemplo, es lo que

Lo que ha de hacerse

Por último, el paradigma de la verosimilitud traza también una distinción entre lo que ha de *creerse* y lo que ha de *hacerse* a partir de la realización de una prueba científica, que resulta sumamente apropiada para reconstruir otra distinción esencial dentro del universo de la prueba: la existente entre la valoración de la prueba propiamente dicha y la decisión sobre los hechos probados. Mientras que lo que ha de *creerse* fundadamente sobre una hipótesis se expresa como la probabilidad de esa hipótesis y se identifica con la *valoración* de la prueba, lo que ha de *hacerse* (o sea, la *toma de decisiones* en presencia de esa probabilidad) expresa la cuestión de los *estándares* de prueba; es decir, la determinación del grado de probabilidad que debe haber alcanzado la hipótesis para que podamos considerarla probada y actuar en consecuencia. Y así como la valoración es (o debería ser) una cuestión completamente librada a la *racionalidad epistémica*, la fijación de estándares de prueba es también una cuestión *política o valorativa*, dependiente de lo tolerante que el sistema esté dispuesto a ser con los dos tipos de error que pueden cometerse al adoptar una decisión sobre hechos: el error consistente en considerar probado lo que es falso, y el consistente en no considerar probado lo que es verdadero. Por ejemplo, el estándar de prueba en el proceso penal suele ser alto (y más alto que en el civil), porque somos menos tolerantes con el error de condenar a un inocente que con el de absolver a un culpable.

En suma, *lo que ha de creerse* sobre una cierta hipótesis depende de lo que dicen los datos resultantes de la prueba pericial una vez interpretados y del resto de las informaciones y pruebas disponibles en la causa. *Lo que ha de hacerse* depende obviamente de lo que debe creerse, pero también del contexto normativo en el que se encuadra la decisión a adoptar. Por eso, ante una misma *creencia*, no es lo mismo tomar una *decisión* en el marco de un proceso civil que en el de un proceso penal; y aún en este último supuesto, no es lo mismo que la decisión se adopte en el marco de la instrucción que en el del juicio oral. Es evidente, en todo caso, que ambas tareas corresponden al *juez*, y no al experto.

4. LA SUPERACIÓN DE LA DEFERENCIA

Desde el punto de vista del derecho la adopción del paradigma de la verosimilitud se traduce —frente al de la individualización— en un punto simple pero central: la devolución a los jueces de su papel como decisores, y por tanto la superación de la deferencia. Son los jueces quienes efectivamente (y no solo formalmente, como ocurre cuando se declara con expresiones individualizadoras) han de valorar la prueba, eva-

---

explica que se produzcan las conocidas *falacias del fiscal y de la defensa*. Sobre estas falacias *cfr.* W. THOMPSON y E. SCHUMANN, «Interpretation of statistical evidence in criminal trials. The prosecutor's fallacy and the defense attorney fallacy», *Law Human Behav,* vol. 11 (1987), 167 y ss. Y entre nosotros A. CARRACEDO, «Valoración de la prueba del ADN», en B. MARTÍNEZ JARRETA (dir.), *La prueba del ADN en la medicina forense. La Genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad* Barcelona, Masson, 1999, 303. Sobre la falacia del fiscal puede consultarse más recientemente W. C. LEUNG, «The prosecutor's fallacy – a pitfall in interpreting probabilities in forensic evidence», *Medicine Science and the Law,* 42 (2002), 44 y ss.

luando su *fiabilidad*, primero, y determinando su *valor probatorio* después. Pero conseguir que su decisión en este punto sea racional implica algunas exigencias. La primera de ellas se impone sobre el derecho y se traduce en adoptar las medidas necesarias para que el control de fiabilidad de la prueba que los jueces han de realizar se haga con base en el conocimiento y no arbitrariamente. Dicho de manera breve, se trata de asegurar que el juez pueda ejercer, fundada o racionalmente, su rol como *gatekeeper*. La segunda exigencia se impone sobre los expertos y se traduce en la necesidad de que estos aporten información completa y adecuada sobre las pruebas practicadas, a fin de que los jueces puedan determinar su fiabilidad, y de comunicar los resultados de las mismas de un modo apropiado, a fin de evitar que sean malentendidos o sobrevalorados por los jueces. Dicho también de forma breve, se trata de formular adecuadamente el informe pericial y sus conclusiones. Ambas exigencias son de un interés epistémico máximo para el estado de derecho, pues con ellas se pretende garantizar que las decisiones probatorias basadas en pruebas científicas sean «racionales»: adoptadas por *jueces* independientes, imparciales y *correctamente informados*.

4.1. Sobre los controles de fiabilidad de las pruebas

Que son los jueces (y no los expertos) quienes deben decidir significa que son ellos, correctamente informados, quienes deben determinar el valor probatorio que cabe atribuir a la prueba y, aún antes, controlar o evaluar su fiabilidad; es decir, evaluar si es creíble lo que el experto nos dice. La fiabilidad depende de (y por consiguiente exige evaluar) varios factores[23]. Depende en primer término —esto es obvio— de la *calidad técnica* de la prueba; o sea, de que se haya realizado bien. Es importante asegurar que los exámenes y análisis se han realizado correctamente: por personal cualificado, siguiendo los protocolos apropiados y rigurosos controles de calidad. Y es importante también que los vestigios analizados hayan sido obtenidos y conservados adecuadamente. Si una huella dactilar está emborronada o difuminada cuando es recogida su examen difícilmente puede ser útil. Y en relación a una prueba de ADN, si los vestigios biológicos analizados no han sido bien recogidos o conservados (por ejemplo porque han sido contaminados por un ADN extraño) la posibilidad y el rendimiento del análisis se reduce. Por eso la recogida de vestigios ha de hacerse con sumo cuidado, y el mantenimiento de la cadena de custodia es crucial para que no pierdan su valor probatorio[24]. Por lo demás, no hay que olvidar que las pruebas las realizan personas de carne y hueso y por tanto pueden cometer errores. No son pocos los estudios que en los últimos tiempos llaman la atención sobre los *sesgos cognitivos* que pueden existir en la realización de algunas pruebas forenses[25], sobre todo de aquellas tradicionales que,

[23] En su informe «Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms», *International Commentary on Evidence*, 9 (2011), Ch. CHAMPOD y J. VUILLE realizan un exhaustivo repaso por los factores que pueden influir negativamente en el valor probatorio atribuible a los resultados de las pruebas científicas.

[24] Llama la atención a este respecto el entusiasmo con el que muchos países se han abierto a las pruebas científicas (particularmente a las de ADN) sin un marco normativo previo que regule los procedimientos de obtención y conservación de los datos y garantice en consecuencia la fiabilidad de los resultados.

[25] Con respecto a los sesgos cognitivos *cfr.* I. DROR, «How can Francis Bacon help forensic science? The four idols of human biases», *Jurimetrics Journal, 50* (2009), 93-110; I. E. DROR y S. A. COLE, «The vision in

como la dactiloscopia y la grafística, tienen un fuerte componente comparativo que las deja enteramente bajo la supervisión del perito[26].

Pero el problema más grande en relación con la fiabilidad de una prueba es si hay o no ciencia detrás de la disciplina: si la técnica usada no tiene validez científica no cabe atribuir a sus resultados mayor fuerza probatoria. Por eso, controlar que los conocimientos expertos admitidos al proceso tengan un solido fundamento es una garantía de racionalidad, pues dicho control aspira a dejar a la pseudociencia fuera del ámbito de las decisiones judiciales. Cómo conseguir esto es lo que puede resultar controvertido.

En línea de principio pueden distinguirse dos «modelos», dependiendo de si el control está guiado por algún criterio o si, por el contrario, se deja enteramente en manos de los jueces que lo ejercen sin auxilio o guía alguna. Esta segunda opción evidencia claramente un problema: los jueces, por lo general, carecen de la formación necesaria para evaluar la calidad científica de las pruebas. Por eso dejar en sus manos la libre apreciación de este asunto, sin establecer algún criterio que los guíe, puede conducirlos a rechazar pruebas científicamente válidas que podrían haber ayudado al esclarecimiento de la verdad, o —lo que es más probable— puede conducirlos a dar crédito a pruebas que son pura charlatanería pseudocientífica y que pueden convertirse en fundamento de decisiones judiciales erróneas. No debe extrañar por ello que en algunos sistemas se hayan establecido criterios para guiar al juez en su tarea de evaluar la fiabilidad de las pruebas. Esta es la opción que se ha seguido en los Estados Unidos con lo que se conoce como *Dauber test* y también la recientemente sugerida por *The Law Commision* para el Reino unido siguiendo los pasos del primero[27].

En *Dauber* la Corte Suprema ha sugerido como estándar de admisibilidad de las teorías o técnicas usadas, además de su *aceptación general* por parte de la comunidad científica concernida, la *validez científica del método*, lo que puede acreditarse evaluando los siguientes factores: *a)* si la teoría o técnica es refutable y verificable y si ha sido efectivamente puesta a prueba (verificabilidad y refutabilidad como criterios mínimos de cientificidad de cualquier teoría); (*b)* si han sido sometidas a revisión de pares y publicadas en revistas especializadas, *c)* si se conocen las tasas de errores potenciales asociados al método (que la técnica empleada tenga una precisión conocida), y *d)* si existen procedimientos estandarizados y controles de calidad que rigen la práctica. No es que el *Dauber test* exija que cualquier técnica usada como fuente de prueba cumpla todos los criterios mencionados, pues esto es algo que queda al criterio del juez. Pero sí exige a los jueces —y esto es lo relevante— escrutar de manera más estricta la «cientificidad» de muchas pruebas que hasta ahora no habían sido cuestionadas y conduce así

"blind" justice: Expert perception, judgment, and visual cognition in forensic pattern recognition», en *Psychonomic Bulletin & Review,* 17 (2010), 161-167.

[26] Ch. Champod y J. Vuille, *Scientific Evidence in Europe*, *op. cit.,* 10-11.

[27] El estándar fue establecido por *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.,* 113 S.Ct.2786 (1993). Los criterios sugeridos para el Reino Unido por *The Law Commission* constituyen prácticamente una réplica del criterio *Dauber* (The Law Commission, The *Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales - A New Approach to the Determination of Evidentiary Reliability - A Consultation Paper*, Consultation Paper No 190, 2009, 53 y ss. Disponible en *http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/cp190_Expert_Evidence_Consultation.pdf*).

a que estos recuperen su papel de *gatekeeper*[28]. Por decirlo muy sumariamente, la sentencia *Dauber* supone un llamamiento a los jueces para que miren más críticamente las pericias científicas antes de atribuir un valor probatorio a sus resultados[29]. De hecho, después de esta sentencia, ámbitos tradicionales de la policía científica, como las huellas dactilares, la grafística y la balística empiezan a ser puestos seriamente en cuestión.

Pero el estándar *Dauber* no es la panacea a la falta de formación de los jueces en las técnicas forenses que deben controlar; y de hecho no ha zanjado la polémica, porque su aplicación presupone que los jueces son capaces de comprender y aplicar los conceptos científicos para ello, lo que normalmente no es cierto[30]. Eso no significa que los test como el *Dauber* no sean valiosos. Su propia existencia constituye una llamada de atención sobre la necesidad de ejercer un control crítico sobre la fiabilidad de las técnicas forenses propuestas; y desde luego ayudan a simplificar el control, a hacerlo más «manejable» para los jueces. Lo que significa es que el simple establecimiento de este tipo de test no cierra el problema, que sigue siendo la falta de una apropiada formación para decidir racionalmente o con fundamento. Por supuesto cuando la prueba ha sido ya objeto de una intensa investigación y aceptación en la comunidad científica, como sucede con la prueba del ADN, no se plantea mayor cuestión sobre su fiabilidad. Pero hay otras especialidades de la ciencia forense de mayor fragilidad y controversia que la prueba de ADN[31] y sobre las que se fundan diariamente decisiones judiciales. No debe extrañar por ello que para muchos cada vez esté más clara la necesidad de formar a los jueces en los distintos ámbitos de especialidad forense (o al menos en los más habituales) y de familiarizarlos con las nuevas técnicas que vayan surgiendo. Si carecen de la información y conocimientos necesarios para decidir con sentido, su decisión o será deferencial o será irracional.

En resumen, la superación de la deferencia cuando se ha realizado una prueba científica implica que son necesarias algunas medidas para garantizar que sean efectivamente los jueces (independientes e imparciales) y no los expertos quienes deciden

---

[28] El caso que allí se abordaba era la admisibilidad de nueva o inusual prueba científica, y la cuestión legal que se debatía era si el tradicional *Frye test* vigente desde 1923, que cifraba la admisibilidad de la prueba en la «aceptación general» del método usado por parte de la comunidad científica, había sido sustituido por la *federal rule of evidence 702*, de 1975, que establecía simplemente que el testimonio de los expertos será admisible si resulta útil para el esclarecimiento de los hechos (es decir, no exigía —al menos explícitamente— el criterio de la «aceptación general»). La sentencia *Daubert* respondió afirmativamente a esa cuestión, pero estableció también que los tribunales siguen teniendo el deber de escrutar si el testimonio de los expertos cumple esos parámetros de relevancia y de «fiabilidad», y cifró la fiabilidad en la validez científica de la «metodología» usada, expresada en los factores *Dauber* arriba mencionados. Para una clara exposición del establecimiento y desarrollo del estándar *Dauber* (así como una crítica de las confusiones y malentendidos que los «factores *Dauber*» encierran), *cfr.* S. HAACK, «The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience», *Humana.Mente*, 28 (2015), 50 y ss.

[29] Con elocuentes palabras Ch. CHAMPOD y J. VUILLE esta idea: La sentencia *Dauber* «insiste de manera implícita sobre el escepticismo que el juez debe mantener hacia el perito, el cual deja de ser considerado como el miembro de una élite con autoridad y pasa a ser un agente social comparable a cualquier otro, eventualmente sometido a presiones de orden político y económico que pueden alterar su dictamen», *Scientific Evidence in Europe, op. cit.,* 26.

[30] En este sentido, S. HAACK, «The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience», *op. cit.,* 64.

[31] El *NRC Report 2009* señala que «en muchas disciplinas forenses no se ha hecho investigación sistemática y rigurosa para validar las premisas básicas y las técnicas» y, de hecho, «en la mayoría de las áreas forenses no existe un sistema bien definido para determinar las tasas de error, y los controles de calidad realizados muestran que algunos peritos no lo hacen bien. En algunas disciplinas, como la odontología forense, los métodos de obtención de las pruebas son relativamente no controvertidos, pero existen disputas sobre el valor y fiabilidad de las interpretaciones resultantes» (pp. 188-189).

sobre su fiabilidad; para devolverles, en definitiva, su papel de *gatekeepers*. Pero centrar la cuestión en la ausencia o presencia de test de fiabilidad seguramente desvía la atención del verdadero problema: si poseen o no los conocimientos apropiados para decidir «racionalmente» sobre estos aspectos.

4.2. Comunicación de los resultados periciales y formulación del IP

Pero la superación de la deferencia depende también (y diría que sobre todo) de una cuestión central a la que desgraciadamente no se ha prestado demasiada atención[32]: cómo deben los peritos formular el informe pericial y sus conclusiones. En concreto: ¿qué deben incluir en su informe para que el juez pueda evaluar la fiabilidad de la prueba realizada? y ¿cómo deben interpretar los resultados de los test y expresarlos en sus conclusiones para evitar que su valor probatorio sean malentendido o sobrevalorado por los jueces? La cuestión —digámoslo otra vez— tiene gran importancia, pues es clave para asegurar que puedan ser los jueces (y no los expertos) quienes decidan y para que su decisión además sea racional: si el informe pericial no contiene información completa y adecuada sobre la prueba realizada o los datos obtenidos son interpretados y presentados con una exagerada o distorsionadora confianza, será difícil que el juez pueda hacer una recta evaluación de su fiabilidad y valor probatorio.

Precisamente con el fin de permitir al juez una correcta valoración de la prueba, los expertos —como indica el *NRC Report*— deberían describir como mínimo «los métodos y materiales, procedimientos, resultados y conclusiones, y deberían identificar de forma adecuada las fuentes de incertidumbre en los procedimientos y conclusiones así como la estimación de su magnitud (para indicar el grado de confianza que merecen los resultados)»[33]. El informe, dicho sistemáticamente, debería: (1) explicitar adecuadamente los *métodos y procedimientos usados* (señalando las fuentes de *incertidumbre* asociadas a los mismos y, cuando sea posible, la estimación de su valor), a fin de que el juez pueda valorar la *validez* y *fiabilidad* de los mismos; y (2) dar cuenta rigurosa de los *datos resultantes y las conclusiones obtenidas* (señalando claramente sus *limitaciones* y, cuando sea posible, las probabilidades asociadas), a fin de que el juez pueda comprender su significado y atribuirles un *valor probatorio*. En relación con este último aspecto (las conclusiones del informe) debe subrayarse una cuestión central. De acuerdo con el paradigma de la verosimilitud, al perito no le corresponde emitir una opinión sobre el *factum probandum* sino que debe limitarse a interpretar los datos resultantes de la prueba de un modo científicamente riguroso, procurando que el juez entienda exactamente su significado y pueda valorarlos junto con el resto de pruebas disponibles. Por eso conviene insistir una vez más: las conclusiones de la prueba que el perito formula en su informe se orientan a determinar si los datos analíticos y técnicos obtenidos apoyan (y con qué fuerza apoyan) las hipótesis en consideración, y no lo que

[32] De ello se lamentaba no hace mucho, entre otros, S. M. WILLIS, «Forensic science, ethics and criminal justice», en J. FRASER and R. WILLIAMS (eds.), *Handbook of forensic science,* Cullompton, UK, Willan Publishing, 2009, 523-545. El *NRC Report 2009* también presta atención a este asunto, al establecer que es absolutamente necesario sentar las bases «para la correcta interpretación y comunicación de los hallazgos forenses» (*op. cit.,* 186).

[33] *Ibid.*: 186.

hay que creer sobre esas hipótesis a la luz de los datos. Entender que las conclusiones de la prueba deben hablar en estos últimos términos (esto es, que deben decirle al juez justamente lo que él desea saber para fundar su decisión: si la hipótesis litigiosa es o no verdadera, o con qué grado de probabilidad puede afirmarse que lo es) es propio del paradigma de la individualización, que no distingue entre lo que dicen los datos (una tarea pericial) y lo que debe creerse sobre el *factum probandum* a partir de los mismos (una tarea judicial), y propicia de este modo una actitud deferencial del juez.

Probablemente no hay fórmulas mágicas para expresar las conclusiones en el informe, y probablemente no hay una sola fórmula. Pero lo que sí está claro es que debe huirse de las expresiones identificativas categóricas (del tipo: «la huella latente examinada *h* es del acusado») o probabilísticas (del tipo: «es muy probable que la huella latente examinada *h* sea del acusado») y debe en cambio optarse por pronunciamientos del tipo «es *x* veces más probable que se observen los datos encontrados en el análisis si la huella latente examinada *h* es del acusado que si no lo es»[34]. Por eso las llamadas escalas verbales de probabilidad, ampliamente usadas en el cotejo de huellas digitales, examen de escritura, balística, comparación de caras, identificación de voz mediante análisis lingüístico, cotejo de huellas de calzado, neumáticos y herramientas, etc., son inapropiadas. De hecho estas escalas reproducen el paradigma de la individualización estableciendo, no lo que dicen los datos, sino lo que debe creerse sobre el *factum probandum* a partir de los mismos, y de este modo impulsan —digámoslo de nuevo— una praxis deferencial. En este sentido un importante reto de la ciencia forense es el establecimiento de unos estándares de conclusiones que guíen el trabajo de los laboratorios y que al propio tiempo aseguren el uso de criterios uniformes en este punto[35]. Hay que decir que en este punto —afortunadamente— ya se están dando pasos importantes, entre los que merece destacar la reciente aprobación de un estándar europeo sobre conclusiones de informes periciales de carácter evaluativo, que resulta acorde con las comentadas exigencias avanzadas desde la comunidad científica forense[36].

Y una última observación al respecto. La estadística juega un papel crucial en la interpretación de los datos resultantes de las pruebas científicas. De hecho los datos plasmados en las conclusiones del informe pericial que después han de ser valorados por los jueces son, en la mayoría de los casos, datos estadísticos. Ahora bien, está comprobado el peso desproporcionado (*overweighting thesis*) que el público en general y los jueces en particular atribuyen a la estadística[37]. Por eso, del mismo modo que

---

[34] Me permito remitir aquí, de nuevo, a nuestro trabajo M. GASCÓN, J. J. LUCENA y J. GONZÁLEZ, «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica», *op. cit.*

[35] El *NRC Report 2009*, de nuevo, ya señalaba esta exigencia al decir que la mayoría de las disciplinas forenses necesitan también «estandarizar y clarificar la terminología usada en los informes y testimonios sobre los resultados y en la aportación de más información» (*op. cit.,* 189).

[36] Me refiero al documento *Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science. Strengthening the Evaluation of Forensic Results across Europe* (STEOFRAE), de 2015, elaborado por ENFSI (European Network of Forensic Science Institutes), que está disponible en *http://www.enfsi.eu/documents/forensic-guidelines*. En España, además, la CNUFADN del Ministerio de Justicia ha aprobado también en octubre de 2015 unas *Recomendaciones sobre el informe pericial y la expresión de resultados en materia de análisis genéticos forenses*, que recoge tanto el modo en que han de presentarse los resultados como el modo en que han de ser interpretados por los peritos.

[37] Por ceñirme solo a Europa, son conocidos, entre otros, el caso de *Sally Clark,* en Inglaterra, o el de *Lucia de Berk,* en los Países Bajos, absuelta en abril de 2010. Ambos, y algunos más, son citados como ejemplo de lo dicho por Ch. CHAMPOD y J. VUILLE, *Scientific Evidence in Europe*, *op. cit.,* 10.

—como ya se señaló— sería conveniente proporcionar a los jueces alguna formación sobre las diferentes áreas forenses para que puedan decidir con sentido si la prueba es fiable, también sería conveniente familiarizarlos con algunos conceptos estadísticos básicos, como relación de verosimilitud, tasa de error, etc., para que puedan entender correctamente el significado y alcance de los resultados de las pruebas antes de asignarles un valor probatorio. Obviamente no se trata de convertir a los jueces en matemáticos o en *amateur scientists*, sino de proporcionarles los conocimientos necesarios para conjurar el riesgo de tergiversación o de sobrevaloración de los datos estadísticos en los que muchas veces se expresa el resultado de una prueba científica.

En conclusión: la (libre) valoración que hace el juez de los datos aportados por una prueba científica y expresados en el informe pericial será racional si está fundada en el conocimiento; o sea, si el juez es capaz de entender: 1) cómo se han alcanzado esos datos (qué técnica se ha usado y cuál es su crédito científico, cómo se han obtenido los vestigios, cómo ha sido la cadena de custodia y cómo se ha realizado el análisis) y por tanto qué grado de fiabilidad tienen; y 2) cómo hay que interpretarlos, y por tanto qué valor probatorio tienen una vez ponderados con el resto de las pruebas. Ese objetivo racionalizador solo se alcanzará si se le suministra al juez la información necesaria (a través de un informe pericial completo y correcto) y se le proporciona una formación adecuada (familiarizándolo al menos con las principales áreas forenses y con los conceptos estadísticos más básicos implicados en la interpretación de los datos resultantes de las pruebas). Sin ese conocimiento la decisión del juez, o estará basada en la confianza en el experto (o sea, será deferencial), o será irracional. El hecho de que el informe pericial pueda resultar controvertido por otro informe distinto obviamente es importante, pero no cambia mucho las cosas. Puede parecer que la confrontación de testimonios y la *crossexamination* garantizan, ahora sí, una decisión judicial racional. Pero lo cierto es que el juez deberá decidir entre ellos, y si carece de la información y conocimientos apropiados su decisión *no estará fundada en elementos cognoscitivos* sino de otro tipo. Normalmente en la capacidad de una de las partes para «persuadirlo», por ejemplo mediante la presentación de una gran cantidad de expertos que la otra parte no es capaz de contrarrestar por el costo que ello supone. Es verdad que habrá decidido el juez, pero lo habrá hecho en medio de un «vacío cognoscitivo», con el consiguiente riesgo de un error. En suma, si los informes periciales no se formulan en los términos apropiados y, en general, si los jueces carecen de la formación necesaria para entender la base cognoscitiva de las pruebas que deben valorar, su decisión no estará epistémicamente fundada. No será racional.

4.3. Recapitulando: superación de la deferencia y educación de los jueces

Hasta aquí he sostenido que la deferencia del juez ante los conocimientos expertos, siendo una tendencia generalizada ante todo tipo de pericia, se acentúa especialmente cuando esos conocimientos vienen arropados por el enorme prestigio de la ciencia. He sostenido también que, en las disciplinas forenses identificativas, el extendido uso de expresiones individualizadoras para comunicar las conclusiones de las pruebas propicia o impulsa la deferencia mientras que el paradigma de la verosimilitud, por el contrario, subraya la necesidad de recuperar para el juez su papel como decisor.

Asimismo he señalado que la superación de la deferencia comporta exigencias tanto para las disciplinas forenses (que deben formular adecuadamente sus informes y sus conclusiones a fin de que los jueces puedan controlar la fiabilidad de las pruebas y entender cabalmente el valor probatorio de sus resultados) cuanto para el derecho (que debe adoptar las medidas necesarias para que el control de fiabilidad de la prueba que el juez debe realizar se haga con base en el conocimiento y no arbitrariamente). Pero —como he tratado de decir también— ni el simple establecimiento de controles de fiabilidad ni la adecuada formulación del informe pericial son suficientes. Si no se proporciona a los jueces información y adiestramiento para que puedan entender si algo ha ido mal en la prueba realizada (si la metodología usada resulta discutida, o si hay datos relevantes que han sido obviados o distorsionados en su transmisión, o si el juicio del experto puede estar afectado por sesgos cognitivos, o si el supuesto experto es tan solo un pseudo-experto, etc.) y para que puedan valorar adecuadamente su fuerza probatoria (sin infravalorarla ni sobrevalorarla) su decisión estará basada en la confianza en los expertos o será en todo caso irracional[38]. En suma, una decisión puramente no-deferencial no es, por sí misma, racional. Lo será solo si está basada en el conocimiento, y para eso alguna educación es necesaria[39].

No-deferencia y educación son, pues, los dos ingredientes de una decisión probatoria de calidad, basada en el conocimiento y no en la pura confianza en el experto. La educación significa que los jueces, que en última instancia son quienes deben decidir sobre la fiabilidad de las pericias y su valor probatorio, tienen la *información* y la *formación* necesarias para hacerlo. Apunta por tanto a la necesidad de *aumentar o reforzar la base cognoscitiva* del juez. Por eso la educación puede (y debe) obtenerse por distintas vías. El propio *informe pericial*, completo, riguroso y adecuadamente formulado, es una fuente imprescindible de información. Y desde luego no cabe dudar del importante *papel auxiliar de los expertos* en la tarea de interpretación del informe, por lo que su presencia en el juicio reviste una importancia (educativa) crucial. Pero cabe pensar también en otras vías. Por ejemplo en la posibilidad de establecer alguna *instancia independiente* que pueda ayudar a los jueces a decidir en los casos complicados, como la propuesta por The Law Comission para el Reino Unido[40] o la sugerida por Christophe CHAMPOD y Joëlle VUILLE[41] para Europa. Y por supuesto hay que pensar también en la propia *formación de los jueces* (a través, por ejemplo, de programas educativos orga-

[38] El planteamiento del problema de los conocimientos expertos en el proceso en términos de deferencia *vs.* educación ha sido introducido en la literatura por primera vez por R. J. ALLEN y J. S. MILLER, «The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?», *Northwestern University Law Review*, vol. 87, núm. 4 (1993), 1131 y ss.

[39] De distinta opinión es Carmen VÁZQUEZ, que aboga por la educación solo para los testimonios de los peritos nombrados por las partes pero defiende un modelo deferencial para los testimonios del perito elegido por el juez. *Vid.* Su valioso estudio *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2015.

[40] En su informe de 2009, *The Law Comission* propone la posibilidad de que excepcionalmente, en los casos muy delicados, el juez pueda solicitar la ayuda de los expertos para evaluar la validez científica de la técnica propuesta (me refiero al informe *The Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales. A new Approach to the Determination of Evidentiary Reliability*, 2009, citado anteriormente).

[41] «Una posibilidad podría ser establecer un órgano, al estilo del British Forensic Science Advisory Council and Forensic Science Regulator, que actuara como el principal consultor de las autoridades políticas y jurídicas en relación con la fiabilidad de las técnicas científicas que se usen [...] Ese órgano no tendría poderes vinculantes, pero podría emitir recomendaciones [...] que auxiliarían a los jueces cuando tuviesen que pronunciarse sobre la admisibilidad de una nueva técnica forense o sobre la fiabilidad de una nueva forma de prueba,

nizados por el propio poder judicial): formación en la naturaleza de la ciencia y en el alcance de sus métodos, sobre todo de los más novedosos; en las principales técnicas forenses, o por lo menos en las más habituales; en la terminología técnica empleada; o en el significado de los datos estadísticos que arrojan la mayoría de estas pruebas. En relación con esto último (la formación de los jueces) se objeta con frecuencia que no es realista instar a los jueces a adquirir un adiestramiento como el comentado. Pero tal objeción resulta, en mi opinión, un tanto apresurada. La finalidad de la formación no es (porque no puede ser) convertir a los jueces en expertos, sino tan solo ayudarles a entender los presupuestos y el alcance de las pruebas realizadas y a controlar en consecuencia si todo ha funcionado bien. Este objetivo es en cierto modo modesto, y no se ve por qué razón habría que infravalorar la capacidad de los jueces para alcanzarlo.

Naturalmente la educación, por sí sola, no es la panacea para asegurar la calidad de la decisión, pues cabe suponer que la educación siempre será imperfecta y en todo caso es difícil mantener a los jueces permanentemente educados: hay demasiados campos de experticia potencialmente relevantes y su número crece sin parar. Y naturalmente la educación no es el único modo de lidiar con los problemas que plantea la entrada de la experticia en el proceso. Susan HAACK, por ejemplo, sugiere como más efectivo concentrarse en lo que sucede «antes» con el fin de evitar que se produzcan cosas indebidas (fraudes en los laboratorios, malas prácticas en la investigación y en la promoción de una técnica, expertos incompetentes, sesgos evitables, etc.) y de que, si se producen, queden rápidamente al descubierto[42]. En definitiva, que es mejor prevenir que curar. No puedo estar más de acuerdo con ella pero aún así la educación resulta necesaria. Sin ella existirá siempre el riesgo de aceptar como conocimiento solido lo que en rigor tiene escaso fundamento, o de terminar haciéndoles decir a los datos arrojados por las pruebas lo que no dicen ni pueden decir, con lo que la justicia de la decisión puede quedar comprometida[43]. Sin educación la base cognoscitiva de la decisión judicial se debilita y el riesgo de error se hace más fuerte.

---

o cuando pareciera adecuado abandonar una forma de prueba que hubiera quedado obsoleta» (Ch. CHAMPOD y J. VUILLE, *Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms*, *op. cit.,* 109).

[42] S. HAACK, «The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience», *op. cit.,* 69.

[43] *Cfr.* por ejemplo V. GRACE, G. MIDGLEY, J. VETH y A. AHURIRI-DRISCOLL, *Forensic DNA Evidence on Trial: Science and Uncertainty in the Courtroom,* Isce Publishing, 2011, que abogan por que los jueces y los jurados estén correctamente informados de (o educados en) los inevitables márgenes de incertidumbre en los resultados de una prueba científica.

AUTOCRÍTICAS*

Juan-Ramón Capella
Universidad de Barcelona

RESUMEN. Estas páginas completan una reflexión previa del autor sobre su propio trabajo realizada en una publicación anterior, realizando una autocrítica del fondo parcialmente kelseniano de la concepción del derecho sostenida durante muchos años.

Palabras clave: concepción del derecho, KELSEN, marxismo.

Self-criticisms

ABSTRACT. The author resumes and completes a critical reflection on his own work started in a previous publication. He objects to the underlying partially kelsenian assumptions at the bottom of the conception of Law that he maintained along many years.

Keywords: conception of Law, KELSEN, marxism.

* Fecha de recepción: 1 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 1 de noviembre de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.19

1. PRIMERA AUTOCRÍTICA

En otro lugar[1] traté de exponer las líneas generales de mi aportación a la filosofía del derecho y a la filosofía política. Posteriormente advertí, sin embargo, que no había contado lo fundamental: mi prolongado trabajo por hacerme con un punto de vista filosófico-jurídico que fuera más allá de las elementalidades al uso. Ahora trataré de contar los episodios de este viaje, o, lo que es lo mismo, una autocrítica del fondo parcialmente kelseniano de la concepción del derecho que fue mía durante muchos años.

Esta primera autocrítica es en cierto modo «de superficie»; más abajo trataré de comunicar una percepción autocrítica más sustancial.

Las lecturas filosóficas y filosófico-jurídicas emprendidas durante los años de estudio de la licenciatura en derecho me llevaron ante todo a lo más fácil: a contraponerme al iusnaturalismo teológico, al de la escolástica cristiana, la ideología *consagrada* en las cátedras de filosofía del derecho españolas, incluso de las más abiertas[2] —como fue el caso de RUIZ GIMÉNEZ—. Al no ser creyente me resultaba fácil ver en las tesis del iusnaturalismo cristiano un producto cultural histórico que algunos autores entonces contemporáneos como ROMMEN y WOLF[3] trataban de prolongar. Nunca compartí esa clase de iusnaturalismo (por mucho que la censura académica de la época me impidiera expresarlo abiertamente), aunque apreciara las diferencias entre los autores y tuviera algunas preferencias en la historia de esta escuela, además de admirar el equilibrado espíritu aristotélico y omniabarcante de TOMÁS DE AQUINO).

El trabajo en lógica aplicado a las categorías del lenguaje normativo y jurídico fue un expediente que en su momento consideré útil para escapar al ámbito temático del iusnaturalismo. Me propuse aclarar conceptos jurídicos básicos completamente ambiguos doctrinalmente entonces: norma permisiva, omisión, laguna del derecho, antinomias jurídicas, así como propiedad y derecho subjetivo. Llevé a cabo este programa sin mayores dificultades, aunque quedé deslumbrado por la visión formalista del derecho de KELSEN, de quien solo alcancé a ver algunas ambigüedades. KELSEN me parecía coherente, aunque bien supiera yo que los puntos de vista por él desechados para analizar el derecho no eran irrelevantes ni mucho menos; KELSEN buscaba precisar los conceptos empleados por los juristas, y por ello privilegiaba lo que llamaba *el punto de vista interno* al derecho.

Señalo esta cuestión —quedar parcialmente enredado en el kelsenismo— porque forma parte de un problema mayor: el representado por el positivismo jurídico. De manera instintiva, también rechazaba yo esa roma visión del derecho característica de los juristas prácticos, una visión abogacil y judicial nacida del *conflicto* jurídico que prácticamente ignora la normación jurídica eficiente, el actuar del derecho. Como

---

[1] En un artículo sobre mi propio trabajo publicado en 2010 en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* de Granada.

[2] Con las notabilísimas excepciones de un marginado, don Felipe GONZÁLEZ VICÉN, y de don Antonio TRUYOL.

[3] H. A. ROMMEN, *Derecho natural* (1951); E.WOLF, *El problema del derecho natural* (1960); también J. MESSNER (1950).

cuestión de fondo, en esta corriente positivista, estaba la doctrina jurídica ilustrada y el iusnauralismo laico, con el que tenía que echar cuentas.

Fueron lecturas muy de mi agrado —porque cubrían los dos frentes abiertos en mi reflexión, la filosofía del derecho y la reflexión sobre el estado, que había iniciado igualmente en los últimos años de estudio de la licenciatura— las de los principales autores clásicos ilustrados: SPINOZA, ROUSSEAU, HOBBES, LOCKE, hasta llegar a KANT. La construcción del concepto de «estado natural», o «estado de naturaleza» era la piedra angular del pensamiento jurídico-político moderno. Enseguida se pusieron de manifiesto las grandes diferencias entre los autores a partir de ahí: desde los que presentaban el *estado de naturaleza* como una situación de choque e inseguridad —como la que generan las relaciones capitalistas de producción— a los que lo presentaban como altamente «racional» —como el mercado—, o sea, dos caras de la misma moneda. Y también percibí, como es natural, diferencias obvias: la de quienes ven los «derechos naturales» como previos a la institución política —LOCKE, el que más— y quienes presentan los derechos como determinados en todo caso por el Estado —HOBBES—. El pensamiento de LOCKE inspiró a los constituyentes norteamericanos y aún pesa fuertemente en ese país[4] (un país donde los escolares se desayunan con invocaciones religiosas que figuran también en su himno nacional y, ya se sabe, se cantan en la *Super Bowl*...).

Estas tomas de posición de los iusfilosofos y filósofos del estado ilustrado eran para mí, claro es, puras construcciones teoréticas. No veía en ellas ninguna *necesidad del pensamiento,* sino elementos de un discurso legitimatorio de las instituciones sociales que dejaba atrás los supuestos teológicos, pero que no iba mucho más allá de eso en el ámbito conceptual que me interesaba. A mi modo de ver, como lector de MARX, legitimaban las instituciones de las sociedades clasistas modernas.

Por mi parte me lancé a un estudio de los datos sociológicos, antropológicos e históricos de sociedades humanas primitivas, poco evolucionadas, para tratar de aproximarme a *modelos* de relaciones sociales menos ahistóricos que el de los ilustrados y, sobre todo, más simples que la sociedad capitalista en que he vivido, para comprender mejor el origen y el funcionamiento del derecho más allá de las *rousseaunadas.* Ese estudio se volvió enseguida muy fecundo. Debo mencionar los nombres de MALINOWSKI, EVANS-PRITCHARD, EIBL-EIBESFELDT, JEAN-WILLIAM LAPIERRE, la autobiografía del apache Gerónimo, los extraordinarios trabajos de L. L. CAVALLI-SFORZA, que destacaban sobre innumerables papeles menores. Las ciencias sociales del siglo XX les deben muchísimo a los portadores de estos nombres, lo que permanece ignorado no solo del gran público sino de la parte más apestosa de la academia.

Descubrí que habían existido —y algunas existían aún— sociedades carentes de instituciones propiamente jurídicas. Se regían sin embargo por normas de otro tipo, lo que AUSTIN llamó en el siglo XIX moralidad positiva: normas ancestrales dependientes de creencias compartidas, muy poco institucionalizadas (caso de los apaches y de numerosos pueblos isleños del Pacífico Sur, o de Australia y la América selvática), y también pueblos con normas de comportamiento incluso institucionalizadas no a base

[4] Muestra de ello es la obra de Robert NOZICK.

de poderes coercitivos materiales, sino de ritos, ceremonias y creencias míticas (el caso del estado-teatro balinés[5], que tiene su prolongación en ciertos rasgos y funciones de los estados contemporáneos). Este aspecto de la historia humana es ignorado sistemáticamente por los historiadores del derecho y por los juristas teóricos.

Por otra parte, el estudio de instituciones familiares y prácticas sexuales en distintas sociedades —a través de una lectura ciertamente parcial de LÉVY-STRAUSS, pero también de BEACH y FORD— contribuyó a hacerme descreer de la *naturalidad* de cualquier institución, aunque tardé bastante en precisar este descreimiento en una asertiva concepción sociohistórica de todas las instituciones humanas. No solo las organizativas: también las mentales.

Mi axioma básico para la *valoración* del derecho positivo: no todo lo ilícito es injusto ni todo lo injusto ilícito. Eso me parecía corresponder a la realidad y a la idealidad que sostengo, esto es, la pretensión de erradicar las injusticias; de modo que el derecho ha sido para mí no solo un producto social, sino un producto social ambivalente, que tanto podía reforzar la injusticia como ser coyuntural instrumento para combatirla. Pero sobre todo lo primero: nunca di por supuesta la *neutralidad* del derecho, ni creía en la fecundidad —por esa falsedad básica— de las perspectivas teoréticas que la presuponen.

Como he señalado, durante algún tiempo quedé parcialmente atrapado intelectualmente, y contradictoriamente, en cierto *kelsenismo.* No, por supuesto, en la idea de que el punto de vista adecuado para la comprensión de los fenómenos jurídicos sea exclusivamente un punto de vista *interno* al derecho mismo —un monismo epistemológico—, pero sí en la idea subyacente de *otro* monismo más sutil, esto es: *el supuesto de que los sujetos no pueden estar sometidos a más de un derecho, un monismo ontológico-jurídico, por decirlo así.* Y este monismo particular, ciertamente distinto de lo que se ha llamado monismo metodológico kelseniano —y que en mi opinión no hace justicia al pensamiento de fondo de Hans KELSEN, que con sus tesis buscaba sobre todo acribia metodológica—, fue durante mucho tiempo una idea subyacente no solo al pensamiento kelseniano sino al mío propio, *idea de la que yo no era consciente.* Ese supuesto no consciente contribuía a frenar mi reflexión histórica materialista.

Durante una estancia en México se puso de manifiesto para mí que en realidad las personas *pueden* estar sometidas, contradictoriamente, a más de un cuerpo jurídico[6]. En México conviven las normas jurídicas estatales con cuerpos jurídicos indígenas. Y aunque la constitución mexicana abre espacio cultural para esas normas de las tradiciones indígenas, tal apertura no alcanza a legitimar, por ejemplo, una ejecución capital exigida por un derecho indígena ciertamente proscrita por un estado que afortunadamente carece de pena capital; una persona que haya actuado como verdugo y ejecutor según un derecho indígena sigue siendo vista como un homicida o un asesino desde el punto de vista del derecho de los Estados Unidos de México. Y no hay juridicidad que pueda resolver semejante lío porque procede de la vida social misma, y nadie está

[5] C. GEERTZ, *Negara: The Theater State in Nineteenth Century Bali,* 1980.

[6] Con anterioridad, en mis estudios de lógica deóntica había aparecido la posibilidad de que un sujeto estuviera sometido a deberes jurídicos contradictorios, pero esa posibilidad me pareció (erróneamente) solo lógica y no histórica.

jurídicamente legitimado para situarse *fuera* o *por encima* de *ambas* normativas. Cualquier decisión que recaiga sobre un conflicto de este tipo será exclusivamente *política*, incluso cuando el decisor sea una institución jurídica.

Comprender este punto me permitió adentrarme en un entendimiento sociohistórico menos dogmático de las realidades normativas humanas. Por eso he insistido en mi reflexión posterior en dos cuestiones importantes.

La primera es el poder que tiene incluso en las sociedades *actuales* lo que AUSTIN llamó moralidad positiva, esto es, los tabús sociales, a menudo inconscientes, que modelan las relaciones sociales y los comportamientos personales todavía hoy, con una fuerza coercitiva que procede del fondo histórico de cada cultura, un fondo que suele ser, como ocurre con tantas relaciones sociales, inconsciente, esto es, no visible para las personas sujetas a tales tabús (he dedicado a este punto un lugar destacado en mi trabajo *Fruta Prohibida).* Hoy la moralidad positiva dominante puede ser fuente de orden social, pero también fuente de sufrimiento para quienes no se consideran obligados por ella.

La perspectiva socio-histórica permite comprender, en segundo lugar, que no hay un *fondo* al que referirse para hablar del derecho y del poder. Se trata de productos históricos. Tampoco la democratización está *fundamentada* más que en el consenso histórico articulado en torno a ella.

No hay derecho *natural* ni de fe ni de razón. Ni derechos sin instituciones.

* * *

2. SEGUNDA AUTOCRÍTICA

Una autocrítica que va más lejos respecto del trabajo que he realizado en el ámbito iusfilosófico tiene que ver con mi prolongación particular de la reflexión sobre el derecho inspirada en MARX, cuya obra ha sido para mí un referente muy importante, desde los escritos juveniles de los *Anuarios franco-alemanes* hasta la *Crítica del Programa de Gotha,* esto es, toda su obra.

Creo no haber sido un «marxista» dogmático. Así, nunca entendí la hiperfamosa (para la escolástica marxista) relación entre base y sobreestructura al modo determinista, sino más bien como expresiva de los límites de las situaciones históricas; tampoco creí nunca en una «lógica dialéctica» o un «método dialéctico» especial; la dialéctica, para mí —que la rechacé por completo hasta aclararme respecto a ella— es a lo sumo un principio regulatorio de la orientación del pensamiento hacia la concreción. Y a pesar de que he utilizado ideológicamente la idea u objetivo de extinción del estado y consiguientemente del derecho, lo he hecho más como recurso retórico-político[7] que

[7] Como recurso retórico político la alusión a la «extinción del derecho» me fue útil en 1970 para llamar la atención de los incomunicados y dispersos juristas demócratas, socialistas y comunistas españoles acerca de la posibilidad de presentar batallas político-culturales al franquismo. En cuanto a la afirmación teorética, esta no lo ha sido en mi caso, sino más bien ética o poiética: la *aspiración* a una sociedad regulada moralmente más que jurídicamente.

como afirmación teorética, consciente de que ya MARX hablaba de la supervivencia de funciones del estado que hoy conocemos en una sociedad acabadamente socialista.

La idea de que una sociedad metacapitalista en cualquier caso sería también una sociedad conflictiva, de que las «necesidades» de que habló MARX son indefinidamente *elásticas* y además *están concebidas en términos individuales,* y que, por consiguiente, solo es racional aspirar a que todos los seres humanos tengan aseguradas sus necesidades de alimentación, vestido, vivienda, calefacción, medicina, etc., o sea, sus *necesidades básicas para la supervivencia,* pero que más allá de esto ninguna sociedad puede aceptar que las «necesidades» crezcan indefinidamente por la mera voluntad o aspiración de algunos de sus miembros, se abrió paso por etapas y muy tardíamente en mi consciencia: solo con la aparición y la meditación de la problemática ecológica a partir de la década de 1970. «A cada uno según sus necesidades» aparece en definitiva como un principio claramente ideológico —de falsa representación de la realidad y de sus posibilidades— cuando las necesidades son indefinidamente elásticas. Es preciso empezar a pensar en términos de *necesidades colectivas y no en las de «cada uno».*

Como estudioso del derecho había contemplado las aportaciones básicas de los principales iusfilósofos soviéticos: STUCHKA y PASHUKANIS[8]. Simpatizaba con la mirada de este último, pero solo vi en él una traducción jurídica de la exposición de MARX en *El Capital* sobre la forma «mercancía», que me pareció entonces carente de interés y no precisamente innovadora; y su perspectiva de *extinción del estado y del derecho* me parecía crecientemente irrazonable[9]. STUCHKA, que también la sostenía, sin embargo ponía más énfasis que PASHUKANIS en el aspecto coercitivo del derecho —en cierto modo como KELSEN—. De modo que la coercitividad del derecho y la desigualdad de trato de este a los diferentes sujetos sociales me parecieron relevantes para mi propia reflexión. Sus ejes.

Esta reflexión ha sido sobre todo, pues, *crítica.* Mi aportación como filósofo del derecho en la estela de MARX ha consistido en esa visión. Que no es desacertada, pero sí *limitada* (lo ha sido para mí, y acaso a través de mí lo haya sido para otros).

Ciertamente, me he interesado por los cambios del derecho en la globalización, y por la naturaleza de esta. Pero lo he hecho con bastantes limitaciones. Pues no he sabido calibrar bien, pese a tener muy presente la densidad de la costra burocrática y jurídica moderna, que el derecho *igual* es un instrumento no solo favorable al capital en el plano ideológico, sino, además y previamente, un elemento básico de la construcción y la reproducción del dominio social en la forma de capital. Es fundamental para la lógica capitalista la igualdad ante el mercado, esto es, la construcción mental de la capacidad para trabajar de las personas como una *propiedad* suya, enajenable como mercancía (el mercado de trabajo diferencia al mercado capitalista de los demás mercados que en el mundo han sido). Son necesarias las ficciones jurídicas para construir

[8] Traté de editar para versiones castellanas de las principales obras de estos autores. La edición de PASHUKANIS fue rechazada por la censura franquista (que uno o dos años después la autorizaba a otros); STUCHKA, en cambio, fue autorizado. La versión fue elaborada a partir de la traducción italiana.

[9] Sostener esa previsión marxiana le costó muy caro a PASHUKANIS por razones enteramente distintas de las teóricas: no tenían cabida en el estado nacionalista staliniano, con su ultrarreforzado autoritarismo; fue ejecutado en 1937. STUCHKA había fallecido de muerte natural en 1932. Entre esas dos fechas se produce el afianzamiento definitivo de la contrarrevolución staliniana.

una institución capitalista tan básica como *la empresa.* Es necesario un derecho que tome a las personas como *libres* de vínculos e *iguales* para contratar para construir las instituciones crediticias en las que la desigualdad material de las relaciones humanas aparece como *igualdad.* Con el derecho *igual* el capital barre con todo.

No he impulsado, como debería haber hecho, un análisis detallado de las funciones de los cambios del derecho en las metamorfosis del capitalismo. Mientras tanto el derecho internacional se adaptaba a la globalización, el derecho público se privatizaba o se sometía a los dictados privados, aparecía un derecho penal nuevo que arrumba con el ideario ilustrado, ya insostenible para la coerción que precisa el capital globalizado. Pero no he llegado a formular un «proyecto de investigación» que incluyera el *análisis* de aquellas formas del derecho cambiantes y de su *función* para la perduración de relaciones de explotación, esto es, un análisis de lo que antes he llamado la normativa jurídica eficiente desde esta perspectiva. Me he ocupado, sí, del derecho respecto de los débiles y de los grandes cambios históricos del derecho, pero no he analizado las funciones del derecho privado nuevo y del derecho público, administrativo sobre todo, supranacional, internacional y penal, en las nuevas formas del capitalismo neoliberal y globalizado. Y es por aquí por donde un pensamiento jurídico socialista, en la estela de MARX, tiene que tirar.

NOTA SOBRE *LOS LENGUAJES DE LA JURISPRUDENCIA, LA SOCIOLOGÍA Y LA ÉTICA*, RETRIBUCIONISMO VS. UTILITARISMO*

Rodolfo Vázquez

ITAM, México

RESUMEN. A partir de una revisión crítica de algunas obras emblemáticas del filósofo del derecho mexicano Ulises SCHMILL, se aborda el debate recurrente entre retribucionismo y utilitarismo con respecto a la justificación del castigo y su relación con el poder. Se propone un tercer modelo, cooperativo y constructivista, a medio camino entre el absolutismo de una ética de la coacción y el subjetivismo de una ética de la responsabilidad. Desde este tercer modelo se procede a hacer una crítica al consecuencialismo de SCHMILL y a una propuesta alternativa a la del autor con respecto a los planteamientos de TUCÍDIDES y SHAKESPEARE.

Palabras clave: Sanción, retribucionismo, utilitarismo, absolutismo moral, subjetivismo, constructivismo y objetivismo mínimo.

Note on *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, Retributionism vs. Utilitarianism

ABSTRACT. Taking as a starting point a critical review of Mexican legal philosopher Ulises SCHMILL'S emblematic writings, we consider the recurring debate concerning retributivism and utilitarianism regarding the justification behind punishment and its relationship with power. A third model, halfway between the absolutism of the ethics of punishment and the subjectivity of ethics of responsibility, is proposed. Such a model is both cooperative and constructivist. From this third model a critique of SCHMILL'S consequentialism can be made, which alongside THUCYDIDES and SHAKESPEARE'S approaches, allows us to arrive at an alternative proposal.

Keywords: Punishment, retributivism, constructivism, subjectivism, moral absolutism, objectivism

---

* Fecha de recepción: 4 de marzo de 2016. Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2016.

Presentación del libro de Ulises SCHMILL, *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Ciudad de México, 25 de febrero de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.20

Terminé de leer este penúltimo libro de Ulises SCHMILL, y como se lo expresé verbalmente, me parece una obra de gran originalidad, una síntesis de la ciencia en la mejor tradición kantiana, y, sin duda, un libro sumamente provocador. Quiero centrar mi intervención en un tema que ocupa y preocupa a Ulises SCHMILL, desde los ochenta, y que aparece y reaparece en una serie de libros hasta este último que comentamos: el problema de la justificación del castigo y sus relaciones con el poder. Los libros que he tomado en consideración son: *La conducta del jabalí* (1983, 2005), *Macbeth, la tragedia del poder* (retoma su análisis de MACBETH en *La conducta del Jabalí*, pero ahora con el lente de la versión cinematográfica de Roman POLANSKI), *El debate sobre Mitilene* (1998), *Teoría del derecho y del Estado* (2003), *Las implicaturas del resentimiento. La tragedia de Otelo* (2010) y, en el que hoy nos reúne. SCHMILL se mueve con inteligencia y soltura a través de las obras de TUCÍDIDES, KAFKA, KELSEN, SKINNER, WEBER, entre otros, y, por supuesto de su admirado SHAKESPEARE: *Macbeth, Ricardo III, Otelo, El rey Lear, El mercader de Venecia* [...]. De la mano de Ulises me he propuesto leer, en este año conmemorativo, la obra de SHAKESPEARE. Un agradecimiento extra que debo a la lectura de su obra y a su infatigable curiosidad intelectual.

Una de las ideas directrices en la obra de SCHMILL es la distinción entre lo que, siguiendo a Max WEBER, se conoce como «ética de la convicción» y «ética de la responsabilidad». Esta distinción sirve de marco teórico para determinar dos modelos explicativos de decisiones y, con ellos, dos modelos posibles de interpretación jurídica[1]. Recordemos con SCHMILL el texto de WEBER:

> Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) «el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios» o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las *consecuencias* previsibles de la propia acción [...]. Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a una ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o a la voluntad de Dios que los hizo así. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta todos los defectos del hombre medio[2].

Ambos modelos sirven también para dar cuenta de dos tendencias observables en la conducta humana. La primera tiene que ver con los intereses del sujeto sancionador, buscando su satisfacción en la retribución; la segunda tiene por objeto obtener la explicación de la conducta delictiva. SCHMILL las denomina «actitud normativa» y «actitud explicativa», respectivamente. La «actitud normativa» responde a una ética de la convicción, mientras que la «actitud explicativa» responde a una ética de la responsabilidad. La primera es metafísica, la segunda es científica. De acuerdo con SCHMILL, KANT sería el representante idóneo para ejemplificar la primera tendencia, así como AUSTIN, si Ulises está de acuerdo, podría ser un digno representante de la segunda. Detengámonos un poco en cada uno de estos modelos normativos, de acuerdo con la interpretación de SCHMILL, veamos algunas de sus consecuencias, y me reservo para el final algunos comentarios críticos que podrían dar lugar, creo, a un tercer modelo.

---

[1] *Vid.* U. SCHMILL, «Interpretación del derecho y concepciones del mundo», en *Teoría del derecho y del Estado,* México, Porrúa, 2003.

[2] *Ibid.,* 212-213.

1. ÉTICA DE LA CONVICCIÓN O MODELO «CLEÓN-ABSOLUTISTA», O TAMBIÉN, «EL NOBLE SUEÑO DE ARIEL»

De forma clara y detallada SCHMILL sintetiza las características típicas de la ética de la convicción en las siguientes tesis:

— Lo debido de una conducta nunca se encuentra determinado por las situaciones externas sino por las condiciones internas del sujeto.
— La desatención al mundo externo produce una tendencia despreciadora del empirismo y una proclividad al apriorismo y al absolutismo.
— El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir al pie de la letra la máxima o norma moral de la conducta.
— Dogmatismo en relación con las normas.
— Autocracia como correlato político[3].

Esta ética de la convicción se ejemplifica en su exquisito libro, *El debate sobre Mitilene,* con el discurso de Cleón. Como se recordará, la materia del debate, tal como se presenta por TUCÍDIDES, fue la dilucidación del problema de la justificación de la pena, de la fundamentación de la sanción o de la legitimidad del castigo ante la rebelión de los mitilenios. En palabras de SCHMILL:

> El discurso de Cleón ha tendido a justificar la pena máxima impuesta a los mitilenios, mediante el señalamiento enfático de su culpa [...]. La culpa es la manifestación de la maldad y, por tanto, la medida de la pena. Ese es un argumento emotivo, dirigido a suscitar los sentimientos de los oyentes, para moverlos a la venganza. La compensación de la culpa por medio del castigo es una idea falsa y demagógica: la culpa no puede remediarse, no se puede intervenir en los acontecimientos pasados, como Protágoras lo había demostrado. La culpa tiene un supuesto indemostrable: que el sujeto infractor pudo haber actuado de otra manera[4].

Bajo tales premisas, la concepción de Cleón es calificada por SCHMILL de tradicional, absolutista, retributiva y pasional, y corresponde, en sus propios términos, a la triada: *pasado-pasión-justicia*:

> La justicia es entendida como retribución, como reacción violenta a un mal que se ha sufrido; por tanto, está condicionada por el pasado. La mirada de la retribución está dirigida hacia lo ya acontecido y está cargada con la sustancia del entusiasmo, generada por el deseo de venganza. La justicia, como retribución, satisface la pasión elemental de restablecer la igualdad rota entre los dolores y satisfacciones comparados intersubjetivamente, que son el lote de cada sujeto en su vida[5].

¿Quién mejor que SHYLOCK, en *El mercader de Venecia*, para ejemplificar esta primera triada retribucionista? Recordemos el contrato en boca de SHYLOCK:

> *[…] me firmaréis allí simplemente vuestro pagaré, y a manera de broma será estipulado que, si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o las sumas convenidas, la penalidad consistirá en una libra exacta de vuestra hermosa carne* (a pound of flesh), *que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca.*

---

[3] *Ibid.*, 216-218.
[4] U. SCHMILL, *El debate sobre Mitilene. La justificación de las penas,* México, Verdehalago, 1998, 51 y 61.
[5] *Ibid.,* 66.

Y aun cuando se le hace a SHYLOCK un ofrecimiento pecuniario muy tentador, ante la imposibilidad de Antonio para cumplir el contrato y someterse a tal predicamento, la respuesta no se hace esperar:

> *Aunque dividieras cada uno de ellos en seis, no lo aceptaría. Quiero que se cumpla el contrato [...]. Si no me la dais, maldigo de las leyes de Venecia, y pido justicia. ¿Me la dais? ¿si o no?*[6].

Tiene razón SCHMILL en resaltar las desventajas de una ética retribucionista, que bien pueden sintetizarse en la idea de que es muy difícil aceptar el hecho de que la suma de dos males dé como resultado un bien. En este sentido, las siguientes preguntas resultan pertinentes:

> ¿Qué sino el resentimiento y el deseo de venganza explica esta preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien? ¿No es acaso la demostración más clara del fetichismo ante las reglas propia del formalismo moral [y jurídico] toda esta idea de que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias? («aunque perezca el pueblo», como decía KANT)[7].

Y son precisamente las pasiones del resentimiento, la ira, la venganza las que mueven a esos personajes sublimes de SHAKESPEARE: recordemos la ira y el resentimiento de Shylock hacia Antonio, por su condición de judío:

> *Señor Antonio, innumerables veces me habéis reprendido en el puente de Rialto por mis préstamos y usuras, y siempre lo he llevado con paciencia, y he doblado la cabeza, porque ya se sabe que el sufrimiento es virtud de nuestro linaje. Me has llamado infiel y perro; y todo esto solo por tu capricho, y porque saco el jugo de mi hacienda, como es mi derecho.*

De igual manera, es el resentimiento de Otelo por el color de su piel; y son las deformidades de Ricardo III; o la condición de bastardo de Edmundo, en *El Rey Lear.* Vengarse ante el mundo, buscar la culpabilidad en el otro, por estas condiciones indeseadas. No me resisto a citar estas palabras de Edmundo en *El Rey Lear:*

> *Tú eres mi diosa, Naturaleza; a tus leyes subordino mis acciones; no he de atenerme a la perniciosa costumbre y leyes de los Estados que pretenden desheredarme porque nací doce o catorce lunas después de mi hermano. ¿Por qué bastardo, por qué menos, si mis miembros están tan bien trabados, mi espíritu es tan generoso y mi aspecto tan noble como en el vástago de la esposa honrada [...]. ¿Por qué bastardos, si el lascivo calor de la Naturaleza puso en nosotros más vida y más vigorosa calidad que suele, en el triste, acostumbrado y tedioso tálamo, donde se procrea la dilatada raza de los tontos entre un dormir y un despertar?*

Desde el punto de vista político, la ética de la convicción justifica un modelo tradicional y absolutista. Este modelo, que critica SCHMILL, es el que tiene en mente, por ejemplo, Isaiah BERLIN para caracterizar con tales calificativos lo que desde PLATÓN denomina la *Central Western Tradition*, con su imagen plástica del Templo de Zoroastro en *La Flauta Mágica*[8]. He simbolizado esta tradición con el Ariel de *La Tempestad* y la metáfora del «noble sueño» de Herbert HART[9]. Tales estructuras formalistas y dogmáticas serían las propias de un Estado «autocrático».

---

[6] *Vid.* U. SCHMILL, *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, 158-165.
[7] C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1980, 429-430.
[8] I. BERLIN, *Four Essays on Liberty,* Oxford University Press, 1969, 154.
[9] H. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, cap. VII.

2. ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD O MODELO «DIÓDOTO-UTILITARISTA», O TAMBIÉN, «LA PESADILLA DE CALIBÁN»

Las propiedades características de una ética de la responsabilidad, por contraposición a las de una ética de la convicción, según SCHMILL, podrían resumirse en las siguientes:

— Lo debido de una conducta se encuentra determinado por las situaciones exteriores.

— La atención al mundo externo produce una tendencia favorable al empirismo y una proclividad a rechazar el apriorismo y el absolutismo.

— El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir las reglas o máximas morales que tienden a considerar lo bueno o lo útil de las consecuencias y resultados externos de la propia conducta, para el sujeto actuante o para los demás.

— Con ello, se establece un criterio relativo de lo que es lo bueno.

— Si las éticas de la responsabilidad tienen las características de ser relativas, empíricas y antidogmáticas, entonces necesariamente, por razones de congruencia, sus partidarios sustentarán la democracia, la que se convierte en su correlato político[10].

Tal ética de la responsabilidad se ejemplifica en *El debate sobre Mitilene* con el discurso de Diódoto. El contenido del discurso puede sintetizarse en los siguientes términos:

> ... la conveniencia y utilidad del castigo impuesto a los mitilenios. Utilidad y conveniencia ¿para quién? Evidentemente, para el imperio ateniense, para el poderoso. Diódoto se presenta más radical que los propios atenienses indignados: la utilidad será el criterio del castigo de los mitilenios, no el de la culpa [...]. Diódoto concibe al hombre como un ser guiado por las necesidades. Estas son las que determinan su conducta, *prima facie*[11].

A diferencia de la argumentación de Cleón, la de Diódoto corresponde a la triada: *futuro-razón-utilidad*. A la justicia se opone la utilidad. Lo que se propone ahora es no mirar al pasado, poner al margen la pasión y olvidar la retribución. De lo que se trata es de actuar racionalmente y, en consecuencia, ponderar la utilidad de la conducta presente medida por sus consecuencias futuras:

> la razón no está de parte de la retribución, sino de la utilidad. La culpa es un concepto al servicio de la retribución y es, por tanto, irracional. Afirmarla es el producto de haber asumido la postura normativa, la cual está al servicio del egoísmo mal entendido, pues con ello se niega el incremento de poder que puede producir el conocimiento y la racionalidad[12] .

Por supuesto, nada impide pensar que esa racionalidad sea usada estratégicamente en aras de la adquisición y preservación del poder para el sujeto actuante, y quizás, con un dejo de cinismo, en beneficio del bienestar general. Y aquí la genialidad de SHAKESPEARE asoma, de nueva cuenta, con una brillantez única: los mejores modelos consecuencialistas, sobre la base de un egoísmo racional, encarnan en la crueldad de Ricardo III; en la malevosidad de Yago, en Otelo; en el pragmatismo de Edmundo, en *El Rey Lear*.

---

[10] U. SCHMILL, «Interpretación del derecho y concepciones del mundo», 218-220.
[11] U. SCHMILL, *El debate sobre Mitilene. La justificación de las penas*, 64, 70-71.
[12] *Ibid.,* 80.

El argumento presentado por Diódoto es de tipo utilitarista. Bajo esta concepción, SCHMILL no tendría inconveniente en aceptar, por ejemplo, que el AED y, específicamente, su propuesta de análisis económico de la sanción, parece ser un buen aliado de una ética de la responsabilidad. Hay una simpatía de SCHMILL por esta corriente, que al menos en su vertiente más empirista emparenta muy bien con la propuesta conductista de nuestro autor[13]. Cito a SCHMILL:

> Desde el punto de vista de la terminología de los economistas podría decirse que la realización de la conducta infractora se lleva a cabo porque arroja una utilidad al sujeto infractor, superior a los costos en los que incurre con motivo de su ejecución. La diferencia entre las utilidades que obtiene el infractor y los costos en los que incurre, es positiva. El infractor se comporta desde el punto de vista económico, como un hombre racional, como un empresario del crimen: calcula sus costos y las utilidades esperadas. Si estas superan a aquellos realizará la conducta. Se trata de la ley de la oferta y la demanda[14].

No deja de haber algo tenebroso en este juego del mercado: una ley que puede devorar y corromper sin ningún límite ético. Una suerte de Calibán (de caníbal) en *La Tempestad*, que he caracterizado bajo la metáfora de «la pesadilla», en los términos de Herbert HART.

¿Cuál fue el resultado del debate sobre Mitilene? Venció la proposición de Diódoto. Reflexión de SCHMILL en un pasaje modélico de argumentación consecuencialista:

> ¿Qué provecho obtendrían los atenienses con pasar a cuchillo a toda la población de Mitilene y vender como esclavos a las mujeres y a los niños? Con ello, no se destruiría o repararía lo ya acontecido. Previendo lo que podía traer el futuro, quizás lo más conveniente fuera revocar la sentencia de muerte e imponer una fuerte multa a Mitilene, para reparar el daño causado y, además, obligar a pagar anualmente un tributo como miembro de la Confederación de Delos[15].

Si se parte de una visión consecuencialista y se rechaza algún límite objetivo, no debe sorprendernos que la decisión de los atenienses, dos años después, haya sido la contraria a la sustentada con respecto a los mitilenios, pero ahora contra los melios:

> Y los atenienses, dice TUCÍDIDES, ejecutaron a todos los melios en edad viril que cayeron en sus manos y redujeron a la esclavitud a los niños y mujeres. Fueron ellos mismos quienes, enviando seguidamente quinientos colonos, poblaron la ciudad[16].

Ante tal hecho, la reflexión de SCHMILL es concluyente:

> Los mismos atenienses que decidieron la revocación de la sentencia de muerte en contra de los mitilenios, dos años después ejecutaron el acto que entonces no se atrevieron a realizar. Algo muy grave debió haber sucedido entre estos dos acontecimientos, pues en el caso de los melios ni siquiera hubo una rebelión en el sentido estricto de la expresión, pues esta pequeña comunidad doria era una colonia de Esparta [...]. Era como si el espíritu de Cleón se hubiera apoderado de Atenas[17].

Con un criterio de racionalidad instrumental, en un contexto consecuencialista puede justificarse cualquiera de las dos sanciones si así ha sido consensuada por con-

---

[13] *Vid.* U. SCHMILL, *La conducta del Jabalí*, México, UNAM, 1993; reedición corregida en Ediciones Coyoacán, México, México, 2005.

[14] U. SCHMILL, «Interpretación del derecho», 70-71.

[15] U. SCHMILL, *El debate sobre Mitilene. La justificación de las penas,* 83-84.

[16] Citado por U. SCHMILL, *ibid.,* 87-88.

[17] *Ibid.,* 88.

veniencia para los atenienses. Una posible razón, sugerida por el propio TUCÍDIDES en el texto, podría haber sido la necesidad de expansión territorial y poblacional en un marco imperialista. En un tiempo *x* se perdona y se aplica una sanción «relativa» (mitilenios); en un tiempo *y*, por otras razones, conviene aplicar una sanción «absoluta» (melios). ¿Cuál es el límite? Si no se apelan a otro tipo de razones, no solo cualquiera de las dos soluciones contrapuestas son posibles, sino que ambas podrían justificarse ética y jurídicamente.

Hasta aquí la presentación de los dos modelos en la interpretación de SCHMILL. Pues bien, creo que entre el modelo Cleón-absolutista y el modelo Diódoto-utilitarista, entre Ariel y Calibán, cabe una tercera posibilidad.

3. ÉTICA DE LA COOPERACIÓN O MODELO «PERICLES-OBJETIVISTA», O TAMBIÉN, «LA VIGILIA DE PRÓSPERO»

Por lo pronto, no puedo más que compartir el rechazo enfático de SCHMILL al absolutismo y al realismo moral de una ética de la convicción, y a esas formas de fanatismo, dogmatismo, arbitrariedad e irracionalidad que hacen depender el discurso de dogmas no sujetos a criterios empíricos y racionales. Pero si bien estos productos de una ética de la convicción son criticables, creo también que sus desventajas no deben impedir ver algunas de sus bondades, por ejemplo: exigir solo la penalización de acciones voluntarias, prescribir penas más severas para los hechos más graves, determinar que un acto intencional sea más severamente penalizado que uno negligente, excluir la posibilidad de penar a un inocente; aspectos todos ellos que corresponden también a nuestras convicciones intuitivas de justicia[18]. Más aún, el problema no está solo en la posibilidad de penar a los inocentes sino también en el castigo de los culpables. Porque:

> [...] como según el utilitarismo, esa culpabilidad es *irrelevante* (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían legítimamente protestar: «¿Por qué hemos de ser sacrificados *nosotros* en aras del mayor beneficio del resto de la sociedad, o sea, en definitiva, de otros hombres? No nos digan que porque hemos cometido delitos, porque eso, según ustedes es tan moralmente irrelevante como nuestro color de piel. Ustedes nos están usando solo como medios en beneficio de otros»[19].

Dicho lo anterior y con el ánimo de ajustarme al relato de TUCÍDIDES, pienso que, quizás, el discurso fúnebre de Pericles, reconstruido por el propio historiador de *La Guerra del Peloponeso*, sería un buen ejemplo de este tercer modelo que propongo. Mientras en Diódoto se vislumbra la justificación de una racionalidad sofista de tipo instrumental, en el caso de Pericles, son la justicia y la igualdad ante la ley *(isonomia)* las que permean todo su discurso:

> Tenemos un régimen político que no envidia las leyes de los vecinos y somos más bien modelo para algunos que imitadores de los demás. Recibe el nombre de democracia, porque se gobierna por la mayoría y no por unos pocos; conforme a la ley, todos tienen iguales

[18] *Vid.* C. NINO, *op. cit.*, 429.
[19] *Ibid.,* 430-431.

> derechos en los litigios privados y, respecto a los honores, cuando alguien goza de buena reputación en cualquier aspecto, se le honra ante la comunidad por sus méritos y no por su clase social; y tampoco la pobreza, con la oscuridad de consideración que conlleva, es un obstáculo para nadie, si tiene algún beneficio que hacerle a la ciudad [...]. Y así como no nos molestamos en la convivencia privada, tampoco transgredimos la leyes en los asuntos públicos, sobre todo por temor, con respecto a los cargos públicos de cada ocasión y a las leyes y, entre estas, particularmente, a las que están puestas en beneficio de las víctimas de la injusticia y a las que, aun no escritas, conllevan por sanción una vergüenza comúnmente admitida[20].

Entre el absolutismo moral y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo) muy ajeno al dogmatismo y, por el contrario, anclado fuertemente en premisas empírico-racionales, en el marco de una tradición hobessiana-kantiana. No cualquier alejamiento del subjetivismo nos conduciría irremediablemente a un absolutismo moral. Ambas tradiciones, la hobessiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que podríamos llamar «la práctica social de la discusión moral»[21] que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos —derechos humanos exigibles como precondiciones del propio discurso moral— apropiados para satisfacer tales funciones.

Sorprendentemente, en su libro *Las implicaturas del resentimiento. La tragedia de Otelo,* SCHMILL cierra su argumentación con algunas reflexiones que se ajustan a este tercer modelo y que respiran un aire de optimismo. Al final de la tragedia de Otelo, lo sabemos, este termina apuñalándose. Cassio es nombrado gobernador de la isla y se le pide que sentencie al malvado de Yago. ¿Cómo se transita del secreto y la oscuridad a la luz de la verdad en el juicio? La respuesta de US es clara: «Por la apertura hacia el exterior, por la confrontación de pequeños trozos de información con otros que tenían otras personas diferentes al círculo de Otelo y de Yago». Todo ello en un ejercicio de «composibilidad», siguiendo a Leibniz, para garantizar la imparcialidad «desde arriba». Se trata dice US de «la construcción social del conocimiento y la objetividad». SCHMILL asume un construcitivismo sobre bases objetivas. Más aún, sigo citando a Ulises SCHMILL, en un pasaje digno de ponerse en boca de Pericles:

> Se trata de la instauración de la verdad por medio de los testimonios de una sociedad abierta. Esto tiene ecos con la gran obra de Esquilo, *Las Euménides*, en donde la diosa Atenea estableció por vez primera el tribunal griego del Areópago, para resolver, con la relativa objetividad posible de un tribunal independiente, la culpa de Orestes por el asesinato de su madre, dejando atrás la venganza privada retributiva, cargada de subjetivismo[22].

Independencia, imparcialidad, objetividad, en el contexto de una «sociedad abierta» (SCHMILL tiene en mente a Karl Popper). Vale decir, entonces, que a las triadas: *pasado-pasión-justicia* y *futuro-razón-utilidad* podría agregarse una tercera, *pasado-razón-justicia,* en el marco de un Estado democrático y constitucional de derecho como único garante de la paz futura. Esta, me parece es la alternativa que abre ese personaje tan enigmático de SHAKESPEARE, en esa tragedia tan peculiar en el conjunto de su obra,

---

[20] TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso,* II, 37, edición de Luis M. Macía Aparicio, Madrid, Akal, 1989, 150-151.

[21] *Vid.* C. S. NINO, *Ética y derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea, 1989, 104 y ss.

[22] U. SCHMILL, *Las implicaturas del resentimiento. La tragedia de Otelo*, México, Themis, 2010, 121-122.

y que vengo citando, que es *La Tempestad*: un hechicero agnóstico que propone el perdón y la reconciliación. Y remarco lo de agnóstico porque Próspero no está preocupado por las sanciones o el castigo trascendente. No de otra forma entiendo esa frase conocida y cargada de tanta fuerza expresiva: «Somos de la sustancia de la que están hechos los sueños; y nuestra pequeña vida culmina en un dormir». Si hay que hacer justicia se hace en esta vida, aquí y ahora, por ello: «La grandeza está en la virtud no en la venganza. Si se han arrepentido, la senda de mi plan no ha de seguir con la ira».

Pero si bien Próspero abre la posibilidad del perdón y la reconciliación, no me alcanza para el castigo. Tengo que llamar a Pericles porque solo en el marco de «las leyes para los asuntos públicos» y «entre estas, particularmente, a las que están puestas en beneficio de las víctimas de la injusticia», se justifica el castigo de los culpables. Pero no un castigo prudencial en la línea utilitarista, sino un castigo moderadamente retribucionista, porque si las personas consideran que no se toma en serio su condición de víctimas, se producen dos consecuencias inaceptables: *a)* se sienten doblemente dañadas porque no solo han sufrido la acción del agresor sino que, además, sufren el daño psicológico de sentirse indefensas frente al agresor real o potencial, y *b)* pueden verse impulsadas a ejercer justicia por cuenta propia. En el primer caso se viola el principio de equidad, en el segundo el principio de seguridad ciudadana, y ambos principios son constitutivos de un Estado constitucional de derecho[23].

No sé qué ha pasado en estos últimos años, pero diría que al optimismo en *Las implicaturas del resentimiento*, regresa SCHMILL a un pesimismo, que él mismo anticipa ya desde el prólogo del libro que hoy comentamos y que, en efecto, se confirma en las páginas finales con una crítica radical a la ética de la convicción. La consecuencia natural de esta, piensa SCHMILL, es la «banalidad del mal», en los términos de H. Arendt[24]. Quizás, la pretensión epistemológica de dar unidad a la ciencia, obligó a cerrar la pequeña puerta que había dejado abierta en *Las implicaturas* y por la que me parece se podría haber comenzado a transitar a un tercer modelo que evitara los excesos criticables de una ética de la convicción y también, los de una ética de la responsabilidad.

[23] *Vid.* E. GARZÓN VALDÉS, «Terrorismo de Estado y justicia», *Estudios*, México, ITAM, 1991, 16.
[24] U. SCHMILL, *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, 11-14 y 184-185.

¿HAY UNA TERCERA ÉTICA A LAS DOS DE WEBER?*

Una aclaración conceptual

Ulises Schmill Ordóñez

ITAM, México

RESUMEN. Se trata de una contestación a «Nota sobre *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética.* Retribucionismo vs. utilitarismo» de Rodolfo VÁZQUEZ, publicada en este mismo número.

Palabras clave: Rodolfo VÁZQUEZ, utilitarismo, retribucionismo.

Is there a third type of Ethics beyond Weber's two kinds? A conceptual clarification

ABSTRACT. An answer to «Nota sobre *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética. Retribucionismo vs. utilitarismo*» by Rodolfo VÁZQUEZ, included in this volume.

Keywords: Rodolfo VÁZQUEZ, utilitarianism, retributivism.

* Fecha de recepción: 11 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2016.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.21

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA DE ESTAS OBSERVACIONES

La «Nota sobre *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética* Retribucionismo vs. utilitarismo» escrita por el Dr. Rodolfo VÁZQUEZ, gran amigo y profesor, al libro de mi autoría, contiene una serie de reflexiones muy provocativas sobre la clasificación de las éticas de Max WEBER contenidas en su libro *La política como vocación*, que yo utilizo en el mío y que ofrece, además, una idea muy interesante sobre la que denomina Ética de la cooperación. Los conceptos expresados por VÁZQUEZ tienen el propósito de aportar un nuevo elemento a las dos clases de éticas que propone WEBER en el libro mencionado. Este es un intento plausible y constituye una aportación que merece ser discutida detalladamente y tomar posición teórica frente a ella.

Dice VÁZQUEZ que una de las ideas directrices de mi trabajo consiste en partir de la distinción weberiana entre la «ética de la convicción» y la «ética de la responsabilidad», distinción que me sirve de «marco teórico para determinar dos modelos explicativos de decisiones y con ellos, dos modelos posibles de interpretación jurídica». En esto le asiste toda la razón. De manera muy ingeniosa, con base en mis reflexiones sobre la obra del gran historiador griego TUCÍDIDES, *La Guerra del Peloponeso,* encuentra una asociación muy importante entre la ética de la convicción y la postura política de Cleón, líder de los atenienses durante parte de la guerra entre Atenas y Esparta, quien obtuvo el acuerdo de la asamblea ateniense de matar a todos los adultos masculinos de la ciudad de Mitilene y vender como esclavos a las mujeres y a los infantes, como retribución por la rebelión que esa ciudad de la isla de Lesbos había llevado a cabo en uno de los momentos más críticos de la historia de la gran ciudad de Atenas, debido a la peste que asoló a su población, peste que tomó como víctima al propio Pericles. Shylock es otro personaje que en la obra de Shakespeare *El Mercader de Venecia* representa la conducta de un hombre que actúa con base en una ética de la convicción, cuando exige una libra de carne de Antonio, como fue estipulado en el contrato de mutuo que celebraron; en relación con la ética de la responsabilidad la encarna en un personaje que aparece solo una vez en el libro de TUCÍDIDES, Diódoto, el otro personaje en el debate sobre Mitilene, que logró la revocación de la sentencia dictada el día anterior por la asamblea, con base en argumentos consecuencialistas, incluso de carácter económico. Todo esto lo relata R. VÁZQUEZ con toda precisión, señalando los textos que he escrito sobre estos apasionantes temas.

En la última parte de *su Nota*, R. VÁZQUEZ presenta una alternativa a la dualidad de las éticas de la convicción y la responsabilidad, a la que denomina Ética de la cooperación o modelo «Pericles-objetivista». Agradezco profundamente al Dr. VÁZQUEZ las agudas reflexiones sobre estos temas y el tiempo que ha dedicado a formular la tercera alternativa que propone a las éticas de WEBER. Nadie mejor que el propio VÁZQUEZ para exponer esta postura presentada e ideada por él:

> Entre el absolutismo moral y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo) muy ajeno al dogmatismo y, por el contrario, anclado fuertemente en premisas empírico-racionales, en el marco de una tradición hobbesiana-kantiana. No cualquier alejamiento del subjetivismo nos conduciría irremediablemente a un absolutismo moral. Ambas tradiciones, la hobbesiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que podríamos

> llamar «la práctica social de la discusión moral» que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos —derechos humanos exigibles como precondiciones del propio discurso moral— apropiados para satisfacer tales funciones.

Este es el párrafo central de sus observaciones, en el que expresa de manera muy concentrada su concepción de la tercera posible posición ética de las dos presentadas por WEBER. Intentaré demostrar en este trabajo que la postura de VÁZQUEZ no es una tercera alternativa a la dualidad sociológica weberiana de las éticas.

2. EL SENTIDO DEL DUALISMO DE LAS ÉTICAS DE MAX WEBER

Debemos preguntarnos cuáles son las características y el sentido de las éticas weberianas mencionadas. Por lo pronto podemos decir que son **modelos argumentativos, de carácter formal**, para llegar a una conclusión sobre la conducta que hay que realizar en una situación determinada. Primeramente debemos exponer en este lugar la forma cómo WEBER hace la presentación de sus dos modelos de éticas.

Es muy importante hacer notar que las éticas de la convicción y de la responsabilidad contienen una máxima fundamental que las determina. Como se trata de explicar sociológicamente la conducta del hombre, WEBER utiliza el concepto kantiano de «máxima» entendido como un principio subjetivo de la conducta. No se trata de normas objetivas, a la manera como aparecen las normas jurídicas en la experiencia social, independientemente de que el contenido de ellas pueda ser interiorizado en la psique de un individuo o de un grupo de individuos. Las máximas son el sentido subjetivo que informa la conducta de un individuo, expresado en una formación lingüística. Dice WEBER con su lenguaje escueto y exacto:

> Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a *dos* máximas fundamentalmente distintas entre sí e irremediablemente opuestas: puede orientarse conforme a la «ética de la convicción» o conforme a la «ética de la responsabilidad» *(gesinnungsethisch oder verantwortungsethisch)*. (WEBER PV: 163).

En WEBER encontramos una tipificación de dos modos de proceder en materia ética: el modo de la convicción y el modo de la responsabilidad. Pero esta clasificación es de carácter puramente formal, pues se requiere que se exponga una máxima sustantiva que exprese el criterio de la moralidad, para después proceder a analizar si la conducta de un sujeto se ajusta a esa máxima fundamental sustantiva de la moralidad directamente o si, por el contrario, su conducta ha sido decidida atendiendo a las consecuencias que su aplicación o ejecución puede producir.

3. EL PRINCIPIO ESTÁTICO DE LOS ÓRDENES NORMATIVOS (LA MORAL)

En sus investigaciones sobre las características de los órdenes normativos, KELSEN distingue dos clases de órdenes: los que llama «órdenes estáticos de normas» y los que

denomina «órdenes dinámicos de normas». Son dos tipos de órdenes normativos que no pueden juntarse, a pesar de la opinión contraria del propio KELSEN.

Para una cabal comprensión de lo que se dirá a continuación, es necesario primero exponer el concepto de cuándo un conjunto de normas forman un orden normativo o, si se prefiere, cuándo forman un sistema normativo. Con mucha claridad KELSEN lo expresa de la siguiente manera:

> Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran el orden. (KELSEN TPD1: 94).

El punto de vista que se asume es el de la determinación de cuándo se consideran ***dadas*** las normas de un determinado orden normativo. El principio de acuerdo con el cual se considera existente una norma dentro de un orden normativo, asume dos modalidades, dependiendo del tipo y operancia de la norma fundamental del orden. Según el tipo de norma fundamental *(Grundnorm)*, pueden distinguirse dos clases distintas de órdenes normativos: los estáticos y los dinámicos. No nos ocuparemos de los segundos y concentraremos nuestra atención a los primeros.

La norma fundamental *(Grundnorm)* de los primeros se considera válida por su contenido, porque este es apreciado como justo, bueno, valioso, conveniente, útil o por cualquier otra característica que convenza a los individuos de su bondad o conveniencia. Y opera de manera muy específica: las normas del orden dependiente de una de estas normas fundamentales se ***deducen*** del contenido de la norma fundamental, por procedimientos puramente lógicos. KELSEN lo expone de la siguiente manera:

> Las normas de un genero «valen», o sea, la conducta humana indicada por ellas ha de considerarse como debida, en virtud de su sustancia: porque su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente, que le confiere validez. Y las normas reciben esta calificación por el contenido, debido al hecho de ser referibles a una norma fundamental bajo cuyo contenido puede subsumirse el de las normas que integran el orden, como lo particular bajo lo general. (KELSEN TPD1: 95; TPD2: 231).

Conforme al concepto general del orden normativo, cada orden estático de normas tiene una norma fundamental *(Grundnorm)*, del contenido de la cual por pura aplicación de operaciones lógicas se pueden obtener las normas deducidas. Es necesario observar que KELSEN no especifica ninguna norma fundamental en especial, aunque pone diversos ejemplos de ellas, ya que no intenta construir un sistema moral. Es una operación lógica la que determina la pertenencia de una norma específica a un orden normativo de esta especie. La deducción garantiza la validez de las normas deducidas. KELSEN pone los siguientes ejemplos:

> Así, por ejemplo, las normas que dicen «no se debe mentir», «no se debe engañar», «se debe mantener la palabra empeñada», «no se debe prestar falso testimonio» pueden ser derivadas de la norma que ordena la veracidad. De la norma «se debe amar al prójimo» pueden derivarse las normas que no se debe ocasionar mal al prójimo y, en especial, no matarlo, ni lesionarlo física o moralmente, y sí auxiliarlo en caso de necesidad. (KELSEN TPD2: 231).

Para concluir la exposición de este importante concepto, es conveniente destacar los siguientes conceptos:

> Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están contenidas en el contenido de la norma presupuesta, pueden ser deducidas a partir de ella mediante una operación lógica, mediante una conclusión de lo general a lo particular. (*Ibid.*).

En consecuencia, es necesario hacer la distinción fundamental entre la descripción, de modo general y abstracto, de la estructura de los órdenes estáticos o morales de normas, y la descripción de un orden moral en particular. Para lograr esto último, tendría que presuponerse un cierto contenido específico como norma fundamental *(Grundnorm)* y, por deducción lógica, obtener las normas que pueden ser obtenidas de ese contenido presupuesto.

4. LOS NIVELES DEL LENGUAJE DE LOS ÓRDENES ESTÁTICOS DE NORMAS.

Es muy conocido en los libros de lógica que en el análisis de los sistemas lógicos tiene que distinguirse entre los diversos niveles de lenguaje.

Hay un **lenguaje-objeto** que constituye el nivel más bajo de los sistemas lingüísticos y que constituye el objeto de estudio de las disciplinas y de los otros niveles de lenguaje involucrados. Con objeto de ser más explícitos, diremos que el nivel más bajo en los lenguajes de la Moral y de la Ética lo encontramos por las máximas que orientan de hecho la conducta de los individuos, conjunto de máximas al que podemos denominar «Moral empírica» (LM_3): el lenguaje de las máximas empíricas que determinan el sentido de los comportamientos morales. Son los criterios que siguen los individuos en su conducta empírica al enfrentarse a los problemas que tratan de resolver en la vida diaria, criterios que pueden formularse verbalmente y que constituyen sus «máximas» o principios subjetivos de su conducta. Estas máximas constituyen el objeto de explicación de cualquier conducta moral observable.

En relación con este lenguaje, existe o debe existir un **meta-lenguaje** LM_2 que permita la descripción ordenada de las máximas constitutivas de la moral empírica de un sujeto. Este meta-lenguaje tiene por tarea la descripción de la norma fundamental *(Grundnorm)* de contenido específico de la que pueden obtenerse las diversas máximas contenidas en el conjunto que hemos denominado «moral empírica». La determinación y descripción de las máximas de esta moral empírica es una tarea de la psicología o la sociología, es decir, de cualquier disciplina que quiera entender la conducta humana a través del sentido subjetivo que de hecho orienta dichas conductas.

Hay otro nivel de lenguaje que se encuentra sobre estos dos acabados de mencionar, como el **meta-meta-lenguaje**. Quisiera presentar un pequeño esquema de estos niveles de lenguaje.

LM_1 Meta-Ética.
LM_2 Ética dogmática.
LM_3 Máximas de una moral empírica.

La Meta-Ética, es decir, LM_1 es la disciplina más general que determina las características estructurales de toda Ética dogmática LM_2. Ella nos dice que toda ética

dogmática LM_2 tiene una norma fundamental con cierto contenido, del cual pueden derivarse otras normas. LM_2 es una disciplina dogmática y empírica, en la medida en que puede comprobar el sentido subjetivo que de hecho orienta la conducta de un sujeto o de una pluralidad de ellos.

Las éticas dogmáticas LM_2 son varias y son cambiantes, lo que podemos designar diciendo que son sistemas éticos relativos, dependiendo del sujeto, su ambiente y la cultura en la que vive y se desarrolla. Incluso, tratándose de un solo individuo puede comprobarse que su sistema ético personalísimo ha variado en las diversas etapas de su desarrollo y en los diversos entornos en los que desarrolla su actividad.

5. ¿QUÉ ES LA CLASIFICACIÓN DE LAS ÉTICAS DE MAX WEBER?

Volvamos a analizar la caracterización weberiana de las éticas: la de la convicción y la de la responsabilidad. Para la cabal comprensión de lo que se dirá a continuación, debe tenerse presente el punto de vista sociológico, expuesto por WEBER en su definición de la Sociología:

> Debe entenderse por Sociología (en el sentido aquí aceptado de esta palabra con tan diversos significados): una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos. (WEBER ES: 129).

Debemos destacar los siguientes conceptos. La sociología está orientada y enfocada a estudiar: 1) la acción social, *i.e.,* la acción «en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por esta en su desarrollo»; 2) para entenderla, por medio de la interpretación de su sentido, y 3) de esta manera poderla explicar causalmente, es decir, establecer las *causas* de la acción social y el *desarrollo y efectos* que su realización producirá. En WEBER, la Sociología es una ciencia causal de la acción social y esta es su perspectiva teórica fundamental.

Con base en este concepto fundamental de la Sociología hagamos varias precisiones. Primera observación: ninguna de las éticas weberianas formula el contenido de alguna norma fundamental *(Grundnorm)*; es decir, ninguna de las éticas weberianas se encuentra en LM_2. En relación con esta observación debemos considerar que la tipificación de sus éticas de la convicción y de la responsabilidad constituyen una clasificación *sociológica* diferente de las disciplinas constitutivas de LM_2. Esto significa que la clasificación sociológica de las éticas weberianas deben ser consideradas como independientes de las éticas dogmáticas contenidas en la clasificación propia de LM_2, es decir, dentro de la disciplina que he denominado Ética dogmática. Dada una ética en LM_2, la clasificación weberiana de las éticas de la convicción y de la responsabilidad se refieren al comportamiento sociológico posible de los sujetos que han aceptado las normas en LM_3, expuestas y sistematizadas en LM_2. Esto quiere decir, que los enunciados sociológicos de la clasificación weberiana de las éticas tienen como materia u objeto los contenidos de las éticas LM_3 y LM_2. Podríamos representar los enunciados de la clasificación weberiana como LS_2, *i.e.*, como formando una disciplina sociológica que estudia las causas de las conductas determinadas por una ética específica en LM_2 y los posibles desarrollos y efectos de esas conductas, de acuerdo con el concepto del objeto de la Sociología.

Segunda observación: en relación con cualquier ética dogmática LM_2, las éticas weberianas LS_2 describen las consecuencias que se obtendrían en el caso de actuar con base en una ética de la convicción o con base en una ética de la responsabilidad.

Tercera observación: podemos tipificar el contenido de cada una de las éticas weberianas diciendo que son métodos posibles de la obtención de las máximas típicas de esas éticas.

Cuarta observación: podemos formular las reglas para la obtención de las consecuencias y efectos de la norma fundamental *(Grundnorm)* y de las normas deducidas de la siguiente manera:

$LS_{2(convicción)}$: dada una norma fundamental de cualquier sistema ético dogmático LM_2, orienta tu conducta de conformidad con las máximas que desprendas puramente del contenido de la norma fundamental *(Grundnorm)* del sistema ético en cuestión.

$LS_{2(responsabilidad)}$: dada una norma fundamental de cualquier sistema ético dogmático LM_2, orienta tu conducta conforme a las máximas obtenidas mediante el análisis de todas consecuencias posibles que sean previsibles.

WEBER las ejemplifica de la siguiente manera:

> Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) «el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios», como la que ordena tener en cuenta las *consecuencias* previsibles de la propia acción. (WEBER PV: 164).

Este párrafo de WEBER es central para la comprender la diferencia entre las dos éticas de WEBER. De lo anterior se desprende que cada una de los éticas de WEBER tienen un carácter sociológico, general y formal. Presentan la estructura formal sociológica de cualquier posible ética, sostenida por personas individuales o por grupos sociales, más o menos numerosos.

6. EFECTOS DE ACTUAR CONFORME A LAS MÁXIMAS DE LAS ÉTICAS DE WEBER

No solo WEBER ha tipificado los procedimientos deductivos de sus dos éticas, sino que ha analizado los efectos posibles de actuar conforme a cada una de ellas.

En su gran obra *Economía y sociedad* clasifica las conductas sociales en cuatro libros, que son los siguientes, de los cuales solo analizaremos con más detalle el segundo:

1. La acción social puede ser *racional con arreglo a fines*, «determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como "condiciones" o "medios" para el logro de los fines propios racionalmente sopesados y perseguidos». (WEBER ES: 151).
2. *Racional con arreglo a valores*: «determinada por la creencia consciente en el valor —ético, estético, religioso o de cualquier otra forma como se le interprete— propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor». (WEBER ES: 151-2).

3. *Afectiva,* «especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales». (WEBER ES: 152).

4. *Tradicional* «determinada por una costumbre arraigada». (*Ibid.).*

Nos interesa especialmente la segunda en esta clasificación, pues constituye el origen sociológico de la clasificación de las éticas contenida en su conferencia *La Política como vocación.* Más adelante especifica la conducta racional con arreglo a valores. Dice:

> Actúa estrictamente de un modo racional con arreglo a valores quien, sin consideración a las consecuencias previsibles, obra en servicio de sus convicciones sobre lo que el deber, la dignidad, la belleza, la sapiencia religiosa, la piedad o la trascendencia de una «causa», cualquiera que sea su género, parecen ordenarle. Una acción racional con arreglo a valores es siempre (en el sentido de nuestra terminología) una acción según «mandatos o de acuerdo con "exigencias" que el autor cree dirigidos a él (y frente a los cuales el autor se cree obligado)». (WEBER ES: 153).

Cuáles son los efectos (posibles y plausibles) sociales y personales de actuar conforme a una de las éticas tipificadas.

Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a una ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o a la voluntad de Dios que los hizo así. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta todos los defectos del hombre medio. (WEBER PV: 164).

7. ¿QUÉ ES LA ÉTICA DE LA COOPERACIÓN O MODELO «PERICLES-OBJETIVISTA», O TAMBIÉN, «LA VIGILIA DE PROSPERO» DE R. VÁZQUEZ?

WEBER dice que las dos máximas que orientan las conductas éticas, la de la convicción y la de la responsabilidad, son «fundamentalmente distintas entre sí e irremediablemente opuestas». (WEBER PV: 163). Esto es así porque WEBER, conforme a su metodología conceptual, construye *tipos ideales* o *tipos puros*, como en alguna ocasión expresó. En la magnífica edición que del libro de WEBER *Economía y sociedad* hizo el profesor Francisco GIL VILLEGAS M. puede leerse en la *Introducción* del propio profesor, el siguiente párrafo muy ilustrativo:

> En cierta forma y como contribución a la sociología, *Economía y sociedad* es esencialmente un compendio multilateral de tipos ideales*,* generados por medio de la comparación histórica. Pero los tipos ideales de WEBER no son intentos por destilar alguna esencia universal detrás de las apariencias, sino que son «abstracciones» construidas sobre la reiterada observación de elementos particulares encontrados en la realidad social. Es un proceso cuyo objetivo central es identificar *diferencias* culturales e históricas […]. El tipo ideal weberiano puede verse así como un recurso metodológico que plantea un compromiso entre las exigencias de la exactitud histórica y la precisión teórica [...]. No debe olvidarse, por otro lado, que WEBER parte de una epistemología neokantiana [...]. Los tipos ideales enfocan su atención en un aspecto de la realidad social y así ayudan a iluminar un conjunto de conexiones causales; esa es su fuerza metodológica. (WEBER ES: 81-82).

¿Qué es un tipo ideal, cómo se forma o construye y cuál es su función? Estas son preguntas que deben ser contestadas de manera explícita y con la máxima claridad posible.

> La sociología construye conceptos-*tipos*... y se afana por encontrar reglas *generales* del acaecer. Esto en contraposición a la historia, que se esfuerza por alcanzar el análisis e imputación causales de las personalidades, estructuras y acciones *individuales* consideradas *culturalmente* importantes. La construcción conceptual de la sociología encuentra su *material* paradigmático muy esencialmente, aunque no de modo exclusivo, en las realidades de la acción consideradas también importantes desde el punto de vista de la historia. (WEBER ES: 145-6).

Quizá valga la pena comparar, para la cabal comprensión de la construcción y función de los tipos ideales, con la primera ley del movimiento de Newton. La descripción que hace del movimiento es lo más alejado de cualquier percepción de él. Más bien postula un movimiento ideal o puro, no observable en instancia alguna. El reposo o el movimiento rectilíneo y uniforme postulado es la hipótesis más alejada de toda experiencia del movimiento que pueda ser encontrado. No hay cuerpo que se mueva de manera rectilínea y uniforme como lo postula su primera ley. Pero este movimiento rectilíneo y a velocidad constante es la base para poder describir cualquier movimiento real, por medio de la influencia de cualquier fuerza que opere sobre el cuerpo en movimiento.

De manera análoga, los tipos ideales de la sociología de WEBER no describen conductas y desarrollos de las conductas reales observables, pero son la condición para poder describir acontecimientos reales históricos por medio de la introducción de variables racionales o irracionales o emotivas en el curso descrito en el tipo ideal o puro.

> En *todos* los casos, racionales como irracionales, se *distancia* de la realidad, sirviendo para el conocimiento de esta en la medida en que, mediante la indicación del grado de *aproximación* de un fenómeno histórico a uno o varios de estos conceptos, quedan tales conceptos ordenados conceptualmente. El mismo fenómeno histórico puede ser ordenado por uno de sus elementos, por ejemplo, como *feudal*, como *patrimonial*, como *burocrático* por alguno más todavía por otro como «carismático». Para que con estas palabras se exprese algo unívoco la sociología debe formar, por su parte, *tipos puros (ideales)* de esas estructuras, que muestren en sí la unidad más consecuente de una *adecuación de sentido* lo más plena posible; siendo por eso mismo tan poco frecuente quizá en la realidad —en la forma *pura* absolutamente ideal del tipo— como una reacción física calculada sobre el supuesto de un espacio absolutamente vacío. (WEBER ES: 146-7).

¿Qué es la ética de la cooperación o modelo «Pericles-objetivista» de R VÁZQUEZ? ¿Es acaso un tipo ideal *sociológico* de las Éticas posibles o simplemente constituye la postulación de una ética determinada, a la cual podría concebírsela con cualquiera de los dos tipos weberianos de la ética de la convicción o de la ética de la responsabilidad?

Con la finalidad de contestar estos interrogantes sería conveniente reproducir brevemente algunas líneas de sus Notas a mi libro, donde toma como modelo el discurso fúnebre de Pericles, que le parece contiene un tercer modelo de Ética:

> Dicho lo anterior y con el ánimo de ajustarme al relato de TUCÍDIDES, pienso que, quizás, el discurso fúnebre de Pericles, reconstruido por el propio historiador de *La Guerra del Peloponeso*, sería un buen ejemplo de este tercer modelo que propongo. Mientras en Diódoto se vislumbra la justificación de una racionalidad sofista de tipo instrumental, en el caso de Pericles, son la justicia y la igualdad ante la ley (*isonomia*) las que permean todo su discurso.

VÁZQUEZ parece identificar la postura política del cruel Cleón, con un absolutismo moral, puesto que defendió dogmáticamente la decisión tomada el día anterior por la Asamblea del pueblo ateniense, argumentando, en relación con la rebelión de Mitilene,

que había tenido lugar en momentos especialmente difíciles para el pueblo ateniense, pues todavía la peste asolaba el territorio de Ática, de modo que hasta el propio Pericles pereció infectado, con lo que los mitilenios incurrieron en la más grave culpa, pues no tenía motivo específico de agravio contra Atenas, pues ni siquiera eran miembros de su Confederación de Delos en donde predominaba la política imperialista de Atenas. Aunque no lo dice expresamente puedo inferir que consideraría la postura de Cleón alineada o sustentada en una ética de la convicción. En cambio, dice que en la postura de Diódoto, que se olvida y rechaza las consideraciones de las culpas, como violación de las más elementales normas, «se vislumbra una justificación de una racionalidad sofista de tipo instrumental», afirmación que permite decir que el discurso de Diódoto es de carácter utilitarista y, por tanto, que considera las consecuencias de la imposición de la pena capital a toda la población de Mitilene. Este discurso se orienta claramente a una ética de la responsabilidad.

> Ambas tradiciones, la hobbesiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que podríamos llamar «la práctica social de la discusión moral» que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos —derechos humanos exigibles como precondiciones del propio discurso moral— apropiados para satisfacer tales funciones.

Por lo pronto debemos observar que dentro del régimen político democrático ateniense era posible sostener públicamente ante la asamblea posturas éticas diversas, como las de Cleón y Diódoto. Pero ello era debido, no a una nueva variante sociológica de las éticas, sino a los postulados de la democracia ateniense.

Debemos observar que los postulados relativistas de la democracia ateniense daban la posibilidad de sostener posturas éticas antagónicas, pero creo que no contienen una tercera postura equidistante a una ética de la convicción y a una ética de la responsabilidad. Cualquier postura política podría exponerse conforme a las máximas sociológicas de una ética de la convicción y la máxima de una ética de la responsabilidad.

El diálogo y la discusión publicas no constituyen una tercera postura ética sociológica, sino postulados políticos, a los que pueden aplicarse las máximas de las dos éticas weberianas.

Ciertamente, la postura ética de Pericles podría sufrir las consecuencias sociológicas que se derivarían de las éticas de la convicción y de la responsabilidad aplicadas a los postulados democráticos. Quizá habría fundamento sociológico e histórico, aunque es un tema controvertido, para considerar que Pericles ocasionó o dio lugar a la guerra del Peloponeso con los decretos que expidió contra Mégara, excluyendo a todos los ciudadanos de esta *Polis* de utilizar la totalidad de los puertos dentro de su imperio constituido por la Liga o Confederación de Delos. Podríamos pensar que Pericles utilizaba las máximas de una ética de la convicción aplicada estrictamente a sus postulados políticos.

Pero debemos hacer una última reflexión. Es una prueba que intenta demostrar la imposibilidad de la existencia de una tercera alternativa a las éticas weberianas. Pensemos en lo siguiente: en el párrafo transcrito más arriba donde WEBER presenta las máximas de sus dos éticas, dice que «toda acción éticamente orientada puede ajustarse a *dos* máximas ***fundamentalmente distintas entre sí e irremediablemente opuestas***».

(WEBER PV: 163, énfasis añadido). Si son distintas e irremediablemente opuestas no pueden aplicarse reflexivamente una a la otra. Alguien puede actuar con base en la máxima de la ética de la convicción y, sin embargo, puede matizar las conclusiones con algunas consideraciones de la ética de la responsabilidad.

La ética postulada por VÁZQUEZ contiene una máxima de conducción o actuación en materia política. Esto es muy importante y debemos reflexionar con WEBER lo que esto implica.

> El medio decisivo de la política es la violencia. (WEBER PV: 165). Por política entenderemos solamente la dirección o la influencia sobre la dirección de una asociación *política*, es decir, en nuestro tiempo, de un *Estado*. (WEBER PV: 82). Política significará, para nosotros, la aspiración (*Streben*) a participar en el poder o a influir en la distribución del poder entre los distintos Estados o, dentro de un mismo Estado, entre los distintos grupos de hombres que lo componen. (WEBER PV: 84). Dicho Estado solo es definible sociológicamente por referencia a un *medio* específico que él, como toda asociación política, posee: la violencia física [...]. La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es *su* medio específico. Hoy, precisamente, es especialmente íntima la relación del Estado con la violencia [...]. Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio [...] reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*. (WEBER PV: 83).

Reconoce WEBER que el Estado no solo se vale de la violencia física legítima, la cual no es el medio normal ni el único medio del que echa mano. Muchos otros medios tiene el Estado para llevar a cabo las ingentes tareas que ha adoptado. El Estado es una relación de dominación de hombres sobre hombres y para ello y su subsistencia necesita «que los dominados *acaten* la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan». (WEBER PV: 84-5). Esta obediencia y sus motivos son los que WEBER expone como criterios de *legitimidad*: el tradicional, el carismático y el de la legalidad, criterios que aquí no es el lugar para exponerlos con detalle. El tercero, el de la legalidad, se encuentra basado:

> [...] en la creencia en la validez de preceptos legales y en la competencia objetiva fundada sobre normas racionalmente creadas, es decir, en la orientación hacia la obediencia a las obligaciones legalmente establecidas. (WEBER PV: 85).

Este criterio de legitimidad es el que opera en los servidores del Estado y que consigna Pericles en la oración fúnebre pronunciada ante el pueblo ateniense, en el segundo año de iniciada esa cruel guerra, donde legitima el régimen democrático ateniense.

> Tenemos un régimen de gobierno que no envidia las leyes de otras ciudades, sino que más somos ejemplo para otros que imitadores de los demás. Su nombre es democracia por no depender el gobierno de pocos, sino de un número mayor; de acuerdo con nuestras leyes, cada cual está en situación de igualdad de derechos en las disensiones privadas, mientras que según el renombre que cada uno, a juicio de la estimación pública, tiene en algún respecto, es honrado en la cosa pública [...]. Y al tiempo que no nos estorbamos en las relaciones privadas, no infringimos la ley en los asuntos públicos, más que nada por un temor respetuoso, ya que obedecemos a los que en cada ocasión desempeñan las magistraturas y a las leyes, y de entre ellas, sobre todo a las que están legisladas en beneficio de los que sufren la injusticia, y a las que por su calidad de leyes no escritas, traen una vergüenza manifiesta al que las incumple. (TUCÍDIDES HGP: 257-8).

Explicitando su concepción política democrática, VÁZQUEZ obtiene las siguientes consecuencias:

> Ambas tradiciones, la hobbesiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que podríamos llamar «la práctica social de la discusión moral» que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aún sustantivos —derechos humanos exigibles como precondiciones del propio discurso moral— apropiados para satisfacer tales funciones.

Este párrafo de VÁZQUEZ contiene el concepto fundamental de la posición propuesta denominada muy imaginativamente como «modelo Pericles-objetivista» o «ética de la cooperación».

8. CONTRASTE CON EL PESIMISMO DE WEBER

Sin duda alguna es posible afirmar que la postura política de Pericles, que acepta y propugna VÁZQUEZ, es la ideología que sustenta un régimen político democrático, en especial el ateniense. Históricamente los hechos son mucho más complejos, pues Pericles ha sido idealizado como un modelo de conducta política democrática y, sin embargo, fue el que desencadenó la guerra con los lacedemonios y permitió el ascenso de estrategas de la calaña de Cleón y del inteligente y narcisista Alcibíades, que tantas desgracias produjo a los atenienses, descontando la calumnia a su persona por parte del autor cómico Aristófanes, en su obra *Los Acarnienses.*

Tratándose del ejercicio del poder, de la dominación, las posturas éticas pueden tener consecuencias intolerables y son, como diría un jurista, improcedentes, en virtud que el ámbito de la política y el poder tienen sus propias reglas, radicalmente distintas de cualquier ética que se postule.

> Ninguna ética del mundo puede resolver tampoco cuándo y en qué medida quedan «santificados» por el fin moralmente bueno los medios y las consecuencias laterales moralmente peligrosos. El medio decisivo de la política es la violencia... (WEBER PV: 165).

Por ello, surge el problema de si la política puede ser santificada, es decir, volverse buena, a pesar de la utilización de su medio específico: la violencia, pues no es posible «decretar éticamente qué fines pueden santificar *tales o cuáles* medios». (WEBER PV: 167). En dos párrafos muy ilustrativos dice:

> También los cristianos primitivos sabían muy exactamente que el mundo está regido por los demonios y que quien se mete en política, es decir, quien accede a utilizar como medios el poder y la violencia, ha sellado un pacto con el diablo, de tal modo que ya *no* es cierto que en su actividad lo bueno siempre produzca el bien y lo malo el mal, sino que frecuentemente sucede lo contrario. Quien no ve esto es un niño, políticamente hablando. Las distintas éticas religiosas se han acomodado de diferente modo al hecho de que vivimos insertos en ordenaciones vitales distintas, gobernadas por leyes distintas entre sí. El politeísmo helénico sacrificaba tanto a Afrodita como a Hera, a Apolo como a Dionisos, y sabía bien que no era raro el conflicto entre estos dioses. (WEBER PV: 168).

Si vivimos dentro de ordenaciones distintas, necesariamente surge el problema de sus relaciones y de las armonías y conflictos entre ellas, como el acuerdo y la discordia de los dioses. Por ello, WEBER dice:

> La singularidad de todos los problemas éticos de la política está determinada sola y exclusivamente por su medio específico, la *violencia legítima* en manos de las asociaciones humanas. (WEBER PV: 171).

El político puede plantearse cualquier fin que se quiera, dependiendo de su circunstancia, pues no hay fin social que no quepa dentro del molde de la política, que tiene un carácter formal. Para la realización de cualquier fin que se proponga por los gobernantes o los políticos es necesaria la utilización del medio específico de la política y «está condenado a sufrir sus consecuencias específicas». (*Ibid.*). ¿Cuáles son estas?

> Quien quiera imponer sobre la tierra la justicia absoluta valiéndose del *poder* necesita para ello seguidores, un «aparato» humano. Para que este funcione tiene que ponerle ante los ojos los necesarios premios internos y externos. En las condiciones de la moderna lucha de clases, tiene que ofrecer como premio interno la satisfacción del odio y del deseo de revancha y, sobre todo, la satisfacción del resentimiento y de la pasión pseudoética de tener razón; es decir, tiene que satisfacer la necesidad de difamar al adversario y de acusarle de herejía. Como medios externos tiene que ofrecer la aventura, el triunfo, el botín, el poder y las prebendas. El jefe depende por entero para su triunfo del funcionamiento de este aparato y por esto depende de los motivos del *aparato* y no de los suyos propios. (WEBER PV: 171-2).

En consecuencia, con ello se han presentado las consecuencias de la utilización de la política en los asuntos humanos y de cómo por la utilización de su medio específico, puede fracasar o por lo menos desviarse de sus finalidades fundamentales. La política es un medio formal, no sustancial, que admite en su interior cualquier finalidad humana y tiene las consecuencias inherentes a cualquier realización de las empresas humanas. El problema es que el medio de la política no es renunciable y son inevitables las consecuencias inherentes a su utilización.

9. EL DIÁLOGO DE MELOS

El siguiente es el diálogo entre los generales atenienses y los gobernantes (magistrados) y ciudadanos más importantes de la isla de Melos. Como todo lo relativo a TUCÍDIDES contiene mucha sabiduría y constituyen modelos para entender la vida humana y la política. Este diálogo es un ejemplo de cómo utilizar un método democrático del diálogo para finalidades autocráticas e imperialistas. Este diálogo tiene presupuestos contrarios a los postulados por VÁZQUEZ con su modelo «Pericles-objetivista».

En el apartado 84 del Libro V del libro de TUCÍDIDES *Historia de la Guerra del Peloponeso* se inicia el relato de lo que aconteció a la pequeña isla de Melos cuando se enfrentó con el poderío de la democrática Atenas. Así relata los antecedentes del famoso acontecimiento que ha aterrorizado a muchos intelectuales que lo han comentado.

> Además, los atenienses organizaron una expedición contra la isla de Melos con treinta naves propias, seis de Quíos y dos de Lesbos, y con mil doscientos hoplitas, trescientos arqueros de a pie y veinte de a caballo, todos de Atenas, y unos mil quinientos hoplitas de sus aliados los isleños. Los melios son colonia de los lacedemonios y no querían ser vasallos de los atenienses como los demás isleños, sino que primero se mantuvieron en paz como neutrales y después, como los atenienses devastando la isla les forzaron a ello, entraron abiertamente en guerra. Así pues, los estrategos Cleomedes, hijo de Licomedes y Tisias, hijo de Tisímaco, acamparon en la isla con sus fuerzas, y antes de causar daños en ningún sitio, enviaron primero unos embajadores que trataran con los habitantes. Los melios no les introdujeron ante la Asamblea, sino que los invitaron a hablar ante los magistrados y los ciudadanos más importantes sobre la comisión que traían. (TUC. V: 84. Cf. III: 91).

Puede uno imaginarse claramente la escena de los atenienses y los melios, los primeros frente a un grupo de magistrados y hombres importantes, apoyados con los soldados armados y dispuestos en orden para llevar a cabo cualquier actividad que se les requiriera. Lo primero que dijeron los atenienses, conocedores del modo de proceder de las asambleas populares, es que proponían llevar a cabo un diálogo entre las pocas personas presentes, contestando las preguntas que se les formularan y manifestando sus opiniones como fueran surgiendo del diálogo. Con ello obtendría ambos bandos ventajas indudables, pues el diálogo se llevaría sin el pueblo, «sin duda para que la muchedumbre no se deje engañar al oírnos en un discurso seguido razonamientos especiosos e irrefutables (pues conocemos que esto es lo que significa el traernos ante un corto número de personas)». (TUC. V: 84). Por tanto, dialogarían fuera del barullo de las asambleas multitudinarias, las que reaccionan emotivamente, ante los discursos «especiosos e irrefutables». Esto puede significar, que entre un número pequeño de seres humanos puede entablarse un diálogo racional, donde funcionen los cerebros y no las vísceras encendidas por las palabras, como señalaba el retórico y filósofo Gorgias. Los delegados de los melios no desaprobaron la proposición ateniense.

Al contestar los melios plantearon un contraste radical entre el diálogo pacífico de los argumentos y contra-argumentos, y los hechos de la guerra que son «muy desemejantes de esa manera de obrar». (TUC. V: 86). Afirman que la guerra es ya un hecho y no se encuentran en la etapa previa de las amenazas. Plantean con mucha claridad el resultado del diálogo: «el fin de esta reunión nos traerá, si vencemos con apoyo en la justicia y por ello no cedemos, la guerra, y si nos sometemos, la esclavitud». (*Ibid.*).

Descalificando las últimas frases de los melios, ridiculizándolas con palabras como «Si habéis venido a hacer suposiciones sobre el futuro o a cualquier otra cosa que a tomar una decisión en bien de la salvación de la ciudad ateniéndonos a las circunstancias actuales y a lo que veis ante vuestros ojos». (TUC V: 87) se percibe la actitud prepotente de los de Atenas, al decir «pondremos fin a nuestras palabras», pues los melios tienen ante sus ojos el ejército descrito anteriormente y en su pensamiento su aniquilación.

El párrafo 89 es central para comprender la situación de los melios y la decisión y política ateniense. Señalan los atenienses que no harán un discurso largo y poco persuasivo, «lleno de hermosas palabras», intentando justificar la legitimidad de lo que piensan realizar, expresando lo siguiente:

1. Que el imperio ateniense es justo porque derribaron el poderío de los Medos, luchando contra ellos.
2. O que lo que piensan hacer con los melios es un castigo por haberles inferido un agravio.

Los melios no convencerán a los atenienses diciendo:

3. Que no se han unido a ellos porque son una colonia de los lacedemonios.
4. O que nunca les han causado daño alguno.

Estos últimos son argumentos posibles que podían haber utilizado los melios para demostrar lo indebido e injustificado del ataque ateniense a su pequeña isla, que suponían protegida por su polis protectora, Esparta. La conclusión obtenida por los atenienses es la siguiente:

> […] guiándonos de nuestro pensamiento sincero, puesto que sabemos —y hablamos con quien lo sabe— que la **justicia prevalece** en la raza humana en **circunstancias de igualdad,** y que **los poderosos hacen lo que les permiten sus fuerzas y los débiles ceden ante ellos.** (TUC. V: 89. Énfasis añadido).

Es tesis de TUCÍDIDES que la invocación de la justicia, cualquiera cosa que ella sea, opera en un diálogo únicamente en circunstancias de igualdad y los argumentos que la expresan tienen algún resultado siempre y cuando los sujetos o las entidades en conflicto se encuentren en situación de igualdad en cuanto a poder. En igualdad de poder, entonces funcionan los argumentos de justicia; el poderoso frente al menos poderoso, hace lo que puede y quiere y el más débil cede o se somete al poderoso.

Los melios hacen un último intento de convencer con argumentos a los atenienses. Para ello utilizan una tesis consecuencialista y hasta utilitaria, pues los atenienses excluyeron los argumentos de justicia y se atuvieron a argumentos de conveniencia. Aceptando esta regla impuesta por los atenienses los melios aducen que los atenienses no deben destruir a Melos, puesto que «el que esté en un momento dado en peligro, puede ayudarse convenciendo con razones aceptables aunque no lleguen a un rigor lógico». (TUC. V: 90).

> No es a vosotros a quienes menos favorece esto, y tanto más cuanto que como vuestra caída iría acompañada de un castigo terrible, seríais para los demás un ejemplo de escarmiento. (TUC. V: 90).

Es un intento desesperado de los melios para convencer a los atenienses de desistir del plan de aniquilamiento de la isla: si su imperio fuera destrozado, si aniquilaran su fuerza, el castigo que caería sobre ellos sería implacable, pues lo impondría como escarmiento de lo hecho y prevención para los demás.

Los atenienses, ensoberbecidos por el poder, afirman sobre esta posibilidad que «no nos descorazonaremos por el fin de nuestro imperio, si es que llega a ser destruido». (TUC. V: 91). A continuación hacen una observación sociológica muy importante: los más crueles en su conducta no son los sujetos que imperan sobre otros, «sino los vasallos del país dominador cuando le atacan y vencen». (*Ibid.*).

En los siguientes párrafos se expresan las consideraciones de los sujetos imperiales. Se expone una teoría del imperialismo, desde el punto de vista del dominador.

> […] ahora vamos a demostrar que estamos aquí por el bien de nuestro imperio y que nuestras palabras irán dirigidas a la salvación de vuestra ciudad, pues queremos someteros sin trabajo y que vosotros os salvéis con provecho para ambos. (*Ibid.).*

Y en ese punto del diálogo, los melios ofrecen permanecer neutrales en relación con la guerra entre Atenas y los lacedemonios, ofrecimiento que es radicalmente rechazado por la polis imperial, con un argumento sorprendente, digno de meditarse con detenimiento:

> No; porque vuestra enemistad no nos perjudica tanto como vuestra amistad, que es para nuestros vasallos un signo manifiesto de nuestra debilidad, mientras que vuestro odio lo es de nuestro poder. (TUC. V: 95).

Aquí se encuentra expresada la lógica interna del imperialismo y las consecuencias de la disparidad en el poder entre dos entidades políticas. El poderoso ejerce el poder sobre sus vasallos, los que por los perjuicios que sufren se oponen a aquel y se genera

el odio hacia los dominadores. Este odio es la señal evidente del ejercicio del poder del dominador sobre los dominados, mientras que la amistad no sería otra cosa que el signo de un poder benevolente, que no se ejecuta y es un signo de debilidad para los demás entidades sujetas al poder imperial. Por ello, el odio de los vasallos es la consecuencia ineludible de unas relaciones inmutables: el odio de los vasallos los impulsa a intentar constantemente a desobedecer a los dominadores, los cuales se encuentran en la coyuntura de la necesidad de incrementar sus actos de dominación y, por tanto, de afirmación del poder imperial. Es lo que he llamado *La ley del jabalí*, debido a que tomé como modelo de ella la conducta de *Ricardo III*, quien en su escudo de armas tenía representado a un jabalí.

Dadas dos entidades con poderes diferentes, el poderoso abusa de su poder y el dominado, el súbdito, no tiene otro destino que odiar al poderoso, burlarse de él, manifestarse en su contra gritando todas sus inconformidades y resignándose a vivir en las condiciones y con las cargas que generan sus odios. Los atenienses deducen un comportamiento de los súbditos, que a los atenienses les parecen dignos de ser despreciados:

> […] ni queráis tampoco asemejaros al gran número de los que, siéndoles posible salvarse todavía con recursos propios de hombres cuando estando en situación difícil les abandonan las esperanzas fundadas en realidades visibles, se vuelven a las fundadas en cosas inciertas: la mántica, los oráculos y cuantas otras cosas semejantes producen estragos al llevar consigo la esperanza. (TUC. V: 103).

Claramente se percibe en estas palabras el ateísmo sofístico de nuestro autor, el que nunca en su obra citó a ninguno de los dioses griegos participando en los acontecimientos que narra.

Si ahora hacemos una aplicación de los conceptos de las éticas de WEBER a este terrible diálogo, podemos concluir que los atenienses actuaban con base en una ética de la convicción, consistente en la regla de ejercer el poder sobre sus súbditos, sin importar las consecuencias remotas de ello. Mientras que los melios actuaban fundamentalmente con base en una ética de la responsabilidad, todas vez que la totalidad de sus argumentos estaban orientados a salvar a su *polis* de la ejecución de las amenazas de los atenienses. El Libro V lo concluye TUCÍDIDES con las siguientes escuetas palabras, que contrastan con la enormidad de la conducta de los atenienses:

> Pero luego, al venir en vista de esto de Atenas un nuevo ejército al mando de Filócrates, hijo de Demeas, y quedar ya asediados los melios con todo rigor, añadiéndose una traición en su campo, capitularon ante los atenienses, quedando su suerte a discreción de estos. Y los atenienses ejecutaron a todos los melios en edad viril que cayeron en sus manos y redujeron a la esclavitud a los niños y mujeres. Fueron ellos mismos quienes, enviando seguidamente quinientos colonos, poblaron la ciudad. (TUC. V: 116).

Este fue el trágico desenlace de este diálogo, el cual es un ejemplo de que, en ciertas circunstancias, conducen a la afirmación y exacerbación del poderío de un Estado, cuando no está dispuesto a dejar de ejercer el poder, con base en consideraciones ideológicas de justicia y justificaciones históricas. Con ello se confirma la tesis de WEBER de la autonomía de las reglas de operancia en el ejercicio del poder y de su independencia de cualquier ética posible.

10. CONCLUSIÓN

Por tanto, concluyo que, en mi opinión, la «Ética de la cooperación» o modelo «Pericles-objetivista» de VÁZQUEZ no es una tercera alternativa sociológica a las éticas de WEBER, sino que es una ética dogmática LM_2, democrática, libertaria y pacífica a la que puede considerársele como ética de la convicción o como ética de la responsabilidad, dependiendo del enfoque sociológico que se utilice.

BIBLIOGRAFÍA

KELSEN, H., 1946: **TPD1**, *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., trad. Jorge G. Tejerina.

— 2011: **TPD2**, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Ediciones Colihue, trad. Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg.

SCHMILL, U., 2016: **LJSE**, *Los Lenguajes de la Jurisprudencia, la Sociología y la Ética,* Valencia: Tirant lo Blanch.

— 2005: **CJ**, *La Conducta del Jabalí, Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*, México: Ediciones Coyoacán.

WEBER, M., 1989: **PV**, «La Política como Vocación» en el *Político y el Científico*, México: Alianza Editorial, trad. Francisco Rubio Llorente.

— 2014: **ES**, *Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica, ed. revisada, comentada y anotada por Francisco Gil Villegas.

TUCÍDIDES, 1967: **HGP**, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid: Librería y Casa Editorial Hernando, S. A., trad. Francisco Rodríguez Adrados.

LA LEGITIMIDAD DE JUECES Y LEGISLADORES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: LA ASAMBLEA NACIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO VENEZOLANO EN 2016*

Rogelio Pérez Perdomo
y Andrea Y. Santacruz**
Universidad Metropolitana, Caracas

RESUMEN. El Tribunal Supremo de Venezuela ha anulado prácticamente todas las leyes y otras decisiones de la Asamblea Nacional tomadas en 2016. La Asamblea fue electa en diciembre de 2015 con una clara mayoría opositora y el Tribunal Supremo generalmente ha respondido a los intereses del Partido Socialista Unido de Venezuela. El conflicto es principalmente político, pero los argumentos son constitucionales y el conflicto es usado para analizar la legitimidad de los jueces y de los cuerpos legislativos en el Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: Política del Tribunal Supremo venezolano, Legitimidad de los jueces, Conflicto político en Venezuela.

Judges'and Legislators' Legitimacy in the Constitutional Rule of Law: the Case of Venezuelan Supreme Court and National Assembly in 2016

ABSTRACT. The Venezuelan Supreme Court has voided almost all of the National Assembly's statutes and other decisions in 2016. The opposition parties obtained a clear victory in the parliamentary elections of December 2015 and have a decisive majority in the National Assembly. In contrast, the Supreme Court responds to the interests of the Venezuela United Socialist Party. Obviously political conflict was inevitable, but the arguments are clothed in constitutional robes. The conflict is used to analyze the issues of legitimacy of judges and legislative bodies in a constitutional democracy.

Keywords: Venezuelan Supreme Court's political roles, Judges' legitimacy, Venezuelan political conflict.

---

* Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2016. Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2016.
** Agradecemos a M. Atienza, E. Cardozo, N. Villegas y H. Njaim por los comentarios y correcciones a una primera versión de este trabajo.

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.22

Desde diciembre 2015 hasta el presente (julio de 2016) Venezuela ha vivido un conflicto de poderes: la Asamblea Nacional electa en diciembre 2015 ha encontrado en el Tribunal Supremo Venezolano un adversario tenaz que ha intervenido en su composición interna y en sus reglas de funcionamiento, y ha declarado inconstitucionales prácticamente todos los actos legislativos producidos por la Asamblea Nacional. Obviamente el conflicto entre el Tribunal y la Asamblea tiene un trasfondo político: el uno trata de mantener incólume el poder de la revolución chavista[1] que ha dominado la política venezolana desde 1999 y la otra trata de limitar ese poder y obligar a un cambio en las políticas públicas y en la dirección del Estado.

Entre 1999 y diciembre de 2015 los partidarios del presidente Chávez y luego de su sucesor Nicolás Maduro controlaron mayormente los distintos órganos del poder público. Tuvieron mayoría en la Asamblea Nacional y también en el Tribunal Supremo de Justicia. El control del Tribunal Supremo fue completo a partir de 2004. En 2016 correspondía elegir 13 de los 32 magistrados del Tribunal Supremo, pero el Partido Socialista Unido (PSUV) presionó a los magistrados para una jubilación anticipada en 2015. Cuando en las elecciones de diciembre de 2015 los partidos de la oposición agrupados en la Mesa de la Unidad Democrática (MUD) ganaron las elecciones parlamentarias y obtuvieron la mayoría calificada de la Asamblea Nacional, los miembros salientes de la Asamblea se apresuraron a designar nuevos magistrados, asegurándose de su completa lealtad política. El potencial conflicto entre el Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional quedó así perfectamente preparado.

Este trasfondo político tan brevemente resumido es indispensable para entender el conflicto entre los poderes públicos del cual tratará este artículo, pero su eje no será el tema político sino los problemas jurídico-constitucionales que plantea el conflicto.

El tema es pues el papel de los jueces y de los legisladores en el Estado de derecho, y las fuentes de legitimidad que tiene cada una de las ramas del poder público. Este es un tema universal que debe ser tratado en la perspectiva de historia comparada de derecho, pero que en la Venezuela del presente tiene resonancias muy específicas. El tratamiento general lo haremos en la sección introductoria.

En las dos secciones centrales se analizará tanto el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como las decisiones de la Asamblea Nacional y del Tribunal Supremo de Justicia y su fundamento jurídico. Por último, en la sección conclusiva realizaremos el análisis filosófico-jurídico y, en particular, los problemas de legitimidad y auctoritas que plantean las acciones de los poderes legislativo y judicial.

---

[1] La calificación del cambio político iniciado en 1999 es uno de los temas discutidos en Venezuela. Inicialmente Chávez la llamó *Revolución Bolivariana*, pero los analistas no tardaron en mostrar que no tenía mucha relación con el pensamiento de Bolívar. Luego Chávez y sus seguidores indicaron que era el *socialismo del siglo XXI*, pero importantes líderes socialistas venezolanos le negaron su apoyo y no la consideraron socialista. Chávez formó el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) como el principal apoyo de su movimiento y contó siempre con el apoyo del Partido Comunista. La retórica sigue siendo marxista con declaraciones anti-imperialistas y anti-hegemónicas. Después de la muerte de Chávez, sus seguidores han destacado la importancia de su liderazgo y su pensamiento y llaman chavista al movimiento.

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Los cambios en el derecho y en la organización del Estado fueron muy importantes en la segunda mitad del siglo XX. Uno de los aspectos centrales de estos cambios fue el reconocimiento que la constitución debe ser leída como un documento jurídico fundamental que limita estrictamente el ejercicio del poder público y obliga al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos. Por esto puede hablarse de Estado constitucional de derecho (DWORKIN, 1977; 1986; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983; 2000; GARCÍA PELAYO, 1986; ALEXY, 2002; PEREIRA MENAUR, 2003; TUSHNET, 2014).

En nuestra época esta idea nos parece obvia y muy anterior a la época señalada. Existen constituciones desde finales del siglo XVIII. Desde su inicio, ellas realizaban la distribución del poder público tanto en ramas funcionales como geográficamente y listaban los derechos de los ciudadanos, como lo hacen ahora. La constitución se asoció con la democracia representativa: el poder político o soberanía corresponde al pueblo pero este solo lo puede ejercer por las vías y a través de los órganos señalados en la constitución. En otras palabras, la constitución es un cauce o limitación para el ejercicio del poder tanto para el pueblo en general como para los órganos que ejercen el poder público, pero era fundamentalmente un documento político, no una normatividad judicialmente aplicable.

En teoría constitucional desde el siglo XIX se reconocieron tres ramas para la distribución funcional del poder público. A la rama legislativa o poder legislativo, formada por los representantes temporales del pueblo y que debía ser colegiado, correspondía la elaboración de la legislación. De esta forma marcaba la orientación del Estado, pues el poder ejecutivo debía seguir sus lineamientos y enmarcar su actuación dentro de las atribuciones y funciones reconocidas por la constitución y la legislación. Pero el poder legislativo tiene una limitación muy importante: no puede tomar decisiones que afecten individualmente a los ciudadanos, es decir, no puede aplicar la ley. La conversión de la legislación en políticas específicas y actos administrativos individuales se atribuyó a la rama ejecutiva del poder público que tiene tareas tan importantes como dirigir las relaciones exteriores, la defensa nacional, el orden público y, en definitiva, hacer que lo establecido en la constitución y las leyes se ejecute o cumpla. La tercera rama, o poder judicial, tenía el mandato de resolver los conflictos entre los poderes o entre los ciudadanos, aplicando la legislación y la importante atribución de castigar a quienes cometan delitos. Todos los poderes estaban vinculados en el respeto a los derechos de los ciudadanos que la constitución declaraba. Esta es la teoría que subyace a las constituciones del siglo XIX y primera mitad del XX, incluyendo las venezolanas, y están explicadas en las obras llamadas de doctrina constitucional, como las producidas en Venezuela por YANES (1839), LARRAZÁBAL (1864), SANOJO (1874), WOLF (1944) y RUGGERI PARRA (1957).

En definitiva, y en teoría, el poder legislativo era el supremo y a él correspondía la aplicación inmediata de la constitución, pero este debía funcionar solo unos pocos meses al año y no podía ejecutar sus acciones, que requerían la decisión de ejecutar por el poder ejecutivo o del judicial. El carácter colegiado, temporal y limitado a decisiones generales disminuía la importancia del poder legislativo en la práctica (PÉREZ PERDOMO, 1987). En cambio, el poder ejecutivo era permanente y tenía el control de

las fuerzas armadas y del orden interno. En otras palabras, de manera fáctica concentraba el poder del Estado.

Los jueces, aunque ejercían de fiel de la balanza en caso de conflicto entre poderes y tenían además el poder más invasivo respecto a los ciudadanos, pues podían afectarlos en su libertad o sus bienes, carecían de la disposición de fuerzas y no podían tomar decisiones generales que formularan una política pública. Como estaban sometidos a la legislación y administrativamente estaban sometidos al ejecutivo, se los percibía como una rama menor. El problema era cómo garantizar su independencia e imparcialidad, pues la naturaleza de la función judicial requiere que el decisor oiga las partes y luego de forma imparcial y equilibrada decida conforme a la legislación, sin estar sometidos a la influencia de poderes externos.

Temprano en el siglo XIX, la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Bradbury vs Madinson*, 1804) afirmó su poder de guardiana de la constitución y que, en consecuencia, podía invalidar los actos de los otros poderes del Estado que fueran contrarios a esta. Inicialmente los jueces apenas si ejercieron tal poder (FRIEDMAN, 1983; 2002). Para la visión comparada: GARCÍA PELAYO, 1959, pero a comienzos del siglo XX los jueces de los Estados Unidos comenzaron a declarar contrarias a la constitución las conquistas obreras de reducción de horarios de trabajo, prohibición de trabajo infantil, y condiciones sanitarias. Todas esas reglas limitaban la propiedad y la libertad de los contratos (FORBATH, 1991).

En Europa se vio con alarma este poder acrecido de los jueces, pues esta es la rama menos democrática o alejada de la elección popular y en definitiva eran ellos quienes gobernaban, no los representantes del pueblo (LAMBERT, 1921). A mediados del siglo XX estas vacilaciones terminaron (PÉREZ PERDOMO, 2000). Los graves abusos de derechos humanos que se cometieron en Europa en la década de 1930 y el ejercicio desbocado del poder que condujo a la Segunda Guerra Mundial en la década de 1940, fueron un argumento muy poderoso para destacar la importancia de los derechos humanos y de limitar efectivamente el poder del Estado, lo cual era función de la constitución. Como la constitución y las declaraciones de derechos no tienen capacidad para tener efectos por sus propias palabras escritas se requiere de guardianes de la constitución y de los derechos. Este rol correspondió a los jueces. A la justicia ordinaria se agregaron tribunales (o cortes) constitucionales y tribunales internacionales de derechos humanos. Varias cortes supremas se han convertido en tribunales constitucionales o han creado salas constitucionales. Es esto lo que se ha llamado el *Estado constitucional de derecho* (GARCÍA PELAYO, 1986; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983; 2000).

El poder creciente de los jueces es un fenómeno mundial (TATE & VALLINDER, 1995) y es especialmente visible en América y Europa latinas (PÉREZ PERDOMO & FRIEDMAN, 2003; SIEDER, 2005; HELMKE & RÍOS FIGUEROA, 2010) y, en general, en la tradición jurídica romano-canónica (MERRYMAN & PÉREZ PERDOMO, 2007). Esta nueva tendencia se ha calificado como *judicialización de la política*, pues implica que la lucha política se lleve a las salas de los tribunales, especialmente de los supremos o constitucionales, en vez de realizarse en los ámbitos que se consideraban los tradicionales o apropiados para la política: los parlamentos o, directamente, las calles de las ciudades. El cambio de ámbito supone también un cambio en los procedimientos o vías de la política: las elecciones o consultas al pueblo son sustituidas por argumentaciones jurídicas cuya comprensión

puede no ser fácil para el común de la población. La judicialización de la política se ha llamado también activismo judicial, pues los jueces toman un papel más activo e importante que los tradicionalmente se consideraban propios de su role. La justificación de este acrecido poder de los jueces se denomina el *argumento contra-mayoritario*, pues efectivamente los jueces pueden oponerse a los poderes con una legitimidad democrática más clara en la sociedad para garantizar la primacía de la constitución y de los derechos humanos. En definitiva, el tema que estamos tocando implica las transformaciones del derecho y de su papel en la sociedad, al igual que la transformación del Estado. Es un tema de envergadura teórica y en el cual cabe la discusión (SULTANY, 2012), aunque la idea de que los jueces puedan anular una ley por contraria a la constitución ha sido generalmente aceptada. La tensa situación que se vive en Venezuela ¿es solo un caso más de judicialización de la política o activismo judicial, o hay elementos distintos que generalmente no están considerados en la teoría constitucional contemporánea? ¿La situación nos dice algo que puede facilitar la comprensión del problema teórico? O, viceversa, ¿el análisis teórico nos permite entender mejor los términos del conflicto y, en definitiva, la naturaleza del régimen que se vive en Venezuela?

Antes de entrar en ese análisis fundamental importa leer con atención la constitución venezolana y las decisiones legislativas y judiciales que han planteado el conflicto.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LA LEGITIMIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

La constitución venezolana de 1999 fue producto de un movimiento político que se propuso refundar la república y transformar el sistema político, todo bajo el fuerte liderazgo de Hugo Chávez. Efectivamente el cambio fue sustancial tanto en lo simbólico como en lo estructural. El país cambió de nombre y pasó a llamarse República Bolivariana de Venezuela. Poco después también se cambió la bandera y el escudo nacionales, los símbolos de la patria. La constitución reconfiguró las ramas del poder público: se agregaron dos a los tradicionales: el Poder Ciudadano y el Poder Electoral. Las distintas ramas del poder público se suponen independientes entre si.

Uno de los organismos creados por la constitución fue la Defensoría del Pueblo a cargo de la promoción, defensa y vigilancia de los derechos consagrados en la constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, además de los intereses colectivos y difusos de los ciudadanos (art. 280 CRBV). Junto con el Ministerio Público y la Contraloría General de la República configuran el Consejo Moral Republicano con funciones importantes en áreas tan delicadas como el control de la legalidad de la actividad administrativa y la lucha contra la corrupción. En el procedimiento de destitución de los magistrados del Tribunal Supremo debe intervenir y calificar las faltas como graves (art. 265 CRBV).

El Poder Judicial fue también drásticamente modificado. La Corte Suprema de Justicia pasó a llamarse Tribunal Supremo de Justicia. Se suprimió el Consejo de la Judicatura, que estaba a cargo de la administración de la carrera judicial, incluida la designación y destitución de los jueces. Sus funciones fueron atribuidas al Tribunal Supremo a través de un organismo interno: la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

La Constitución pasó también a regular el número de salas dentro del tribunal. La novedad estuvo en la creación de la salas Constitucional, Electoral y de Casación Social, que se agregaron a las tradicionales salas Político-Administrativa, de Casación Civil y de Casación Penal. La Sala Plena, o reunión de todos los magistrados, redujo sus atribuciones. Las más importantes pasaron a la Sala Constitucional. Posteriormente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004) reguló con más detalle las atribuciones y convirtió a la Sala Constitucional en un verdadero tribunal supremo, con potestad de revisar las decisiones de las demás salas. La Sala Constitucional es, además, la más numerosa: tiene siete magistrados mientras las demás salas tienen cinco.

La Constitución dio igualmente un poder enorme a la Sala Constitucional. Ella es el principal garante de la supremacía de las normas y principios constitucionales (art. 335 CRBV). Tiene el poder de declarar *erga omnes* la nulidad de leyes y demás actos de los otros poderes públicos. Los demás jueces, incluyendo las otras salas del Tribunal Supremo deben aplicar preferentemente la constitución pero no pueden declarar nulos las leyes y demás actos. Las interpretaciones de la Sala Constitucional son vinculantes para las otras salas y los demás tribunales. La Sala Constitucional puede también declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para el cumplimiento de la constitución (art. 336.7 CRBV). En otras palabras, puede sustituir a poderes legislativos de cualquier ámbito cuando estos no haya producido las normativas o tomado las acciones que la constitución ordena, o puede ordenar su corrección cuando lo hayan hecho mal o de forma incompleta.

El Poder Legislativo fue también modificado sustancialmente. El antiguo congreso bicameral, con atribuciones muy amplias, fue sustituido por la Asamblea Nacional, unicameral y con atribuciones más restringidas. La delegación legislativa, o leyes que habilitan al Ejecutivo a dictar decretos-leyes, que estaba restringida a materias económicas y financieras, no tiene restricción de materia en la constitución de 1999 y el plazo de la delegación no está predeterminado (art. 203 CRBV). La propia Asamblea y el Ejecutivo han entendido esta delegación de la materia más amplia y se ha usado para establecer impuestos y penas, materias que generalmente se consideran de reserva legislativa, es decir, del campo propio e indelegable de la legislación por un cuerpo legislativo.

El procedimiento legislativo también fue modificado. Cada ley solo tiene dos discusiones. En la primera solo se discutirá la exposición de motivos, objetivos, alcance y viabilidad, y de manera general, el articulado. Aprobada en primera discusión, la ley pasa a la comisión que corresponda analizarla. La segunda discusión es detallada, artículo por artículo. Si hay modificaciones, se devuelve a la comisión para nuevo análisis y luego se discuten solo los artículos modificados (arts. 208 y 209). La innovación estuvo en la obligación de la Asamblea de consultar los proyectos con otros órganos del Estado y con los ciudadanos (art. 211). Lo sorprendente de la manera como se ha leído la constitución por el Tribunal Supremo es que en el caso de legislación delegada, el Ejecutivo no tiene la obligación de consulta[2].

[2] La justificación es que la legislación delegada responde a circunstancia, emergentes y a la urgencia de legislar. Sin embargo, las amplias delegaciones de hasta dieciocho meses debilitan esa justificación, pues el

En la constitución de 1999 el Poder Ejecutivo es más fuerte que en la de 1961. El presidente de la República es electo por votación universal y secreta desde 1947 y la constitución de 1999 alargó a seis años su período, con la posibilidad de reelección inmediata. En febrero de 2009 la constitución fue enmendada para suprimir el límite de una sola reelección. El largo período presidencial y la posibilidad de reelección continua da un poder político muy apreciable al presidente de la República, pero la constitución previó la posibilidad de la convocatoria de un referéndum revocatorio una vez cumplido la mitad del mandato. La posibilidad de revocar el mandato existe para todos los cargos de elección popular (art. 72 CRBV) y naturalmente refuerza el carácter democrático de los funcionarios electos.

Las atribuciones del Poder Ejecutivo son muy amplias. No solo tiene la atribución de legislación delegada ya comentada sino que dos controles previos desaparecieron: la autorización para los ascensos militares a grados de general y para la designación de embajadores.

La Asamblea Nacional mantuvo la función general de control del gobierno y la administración pública (art. 187.3). Conforme a los arts. 222 y siguientes, la Asamblea puede realizar las investigaciones que juzgue convenientes en materia de su competencia y los funcionarios públicos y los particulares están obligados a comparecer ante las comisiones que realicen investigaciones y suministrar las informaciones y documentos que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La lectura de la Constitución de 1999, comparada con la anterior, permite afirmar que fortaleció enormemente al presidente de la República y al Tribunal Supremo de Justicia, especialmente a la Sala Constitucional, y debilitó al Poder Legislativo. La enmienda de 2009 fortaleció aun más al Poder Ejecutivo. Pero debe indicarse que la Constitución de 1999 fue mucho más exigente que la anterior en los requisitos para ser magistrado del Tribunal Supremo. En adición a los requisitos de nacionalidad y reconocida honorabilidad, y de ser jurista de reconocida competencia y de buena reputación, la constitución requirió alternativamente título de postgrado y ejercicio de la abogacía por quince años; o haber sido profesor universitario y haber alcanzado la categoría de profesor titular; o haber sido juez superior, tener una carrera judicial de al menos quince años y de reconocido prestigio en el ejercicio de sus funciones (art. 263 CRBV).

La Constitución estableció también un procedimiento relativamente complejo para la selección de magistrados. Debe existir un Comité de Postulaciones Judiciales que, oída la opinión de la comunidad, efectúa una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual realiza una segunda preselección que presenta a la Asamblea Nacional. Esta última hará la selección definitiva. El procedimiento autoriza a los ciudadanos a ejercer objeciones a cualquier postulado ante el Comité de Postulaciones o ante la Asamblea Nacional (art. 264 CRBV). El Comité de Postulaciones es un órgano del Poder Judicial que debe estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad (art. 270 CRBV).

Para la selección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia se prevé expresamente la exigencia constitucional de independencia política que aplica también

---

Ejecutivo legisla sobre muchas materias y dieciocho meses es un tiempo suficientemente amplio que da oportunidad para consultar.

para los demás jueces, los fiscales y los defensores públicos. El artículo está redactado como una incompatibilidad: prohíbe la actividad política, salvo el voto, desde la fecha de nombramiento hasta el egreso del cargo. El propósito de la regla está en el encabezamiento y es mucho más amplio: «con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones […] los magistrados […] no podrán llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante» (art. 256 CRBV). Una interpretación literal del artículo permite elegir a políticos muy activos, siempre y cuando renuncien luego a su activismo político. Una interpretación teleológica lleva a interpretar que las personas muy activas políticamente no deberían ser escogidas como jueces o magistrados, dada la continuidad de los actos y relaciones de las personas.

En resumen, la Constitución exige cualidades intelectuales y éticas superiores a la de cualquier persona o profesional del derecho y esta exigencia está justificada pues da la legitimidad a los magistrados del Tribunal Supremo para actuar como intérpretes decisivos de los principios y reglas constitucionales. En la cultura romana antigua el conjunto de estas cualidades daban a la persona una cualidad especial denominada *auctoritas* (García Pelayo, 1969; Pérez Perdomo, 1969), palabra intraducible en los idiomas modernos y, en todo caso, no debe confundirse con el ejercicio de un poder público, a la cual hace referencia el sentido moderno de autoridad. Un reflejo de la acepción original es nuestra idea de autoridad intelectual. La auctoritas de los magistrados debe ser intelectual y ética. En esta auctoritas reside su legitimidad. En particular, la fortaleza de la Sala Constitucional para ser guardiana de la constitución viene de la auctoritas y prestigio de los magistrados: personas que deben ser muy respetadas por su alto conocimiento del derecho, por su honestidad personal y su independencia política. De ellos puede esperarse completa imparcialidad. Serían así el contrapeso necesario de los poderes políticos democráticos, especialmente al del presidente de la República, el poder claramente dominante en la estructura constitucional.

En la práctica constitucional las previsiones no han funcionado como pensadas. En particular, el Comité de Postulaciones Judiciales y los mecanismos de consulta pública para garantizar la buena formación académica, la experiencia, honestidad y buen prestigio de los candidatos a magistrados no funcionaron. Primero, la propia Asamblea Nacional Constituyente y luego, en diferentes momentos, la Asamblea Nacional han actuado con completa discrecionalidad (Pinto Peña, 2003). Dado el importante papel político que el Tribunal Supremo desempeñó en su primera época, especialmente en el caso denominado de los generales golpistas[3], el presidente Chávez y el Partido Socia-

[3] En abril de 2002, en una situación política muy tensa, una enorme manifestación se dirigió al palacio presidencial (llamado de Miraflores) a pedir la renuncia del presidente. Este llamó a los militares para activar el plan de defensa de la capital y defender el palacio con tanques y armas pesadas. Los generales no respondieron a las llamadas y bandas armadas del gobierno detuvieron la manifestación con armas de corto alcance que produjeron muchos muertos y heridos. La situación fue muy confusa y los generales pidieron la renuncia del presidente, lo apresaron y anunciaron su renuncia en televisión. Un líder empresarial asumió la Presidencia de la República sin respetar las reglas constitucionales. Otro grupo de militares no aceptaron el golpe de Estado y el presidente fue restituido dos días después. Poco tiempo después el Fiscal General pidió el antejuicio de mérito de los generales golpistas por rebelión militar. En una decisión dividida el Tribunal Supremo decidió negativamente básicamente por considerar que no se había cometido el delito de rebelión militar. En realidad los generales cometieron otro delito, el de desobediencia, pero ese no fue invocado probablemente porque usar armas para detener una manifestación pacífica está prohibido por la Constitución (art. 68 CRBV) y el golpe de

lista Unido de Venezuela decidieron que la absoluta lealtad a Chávez y a la revolución eran la credencial más importante y así se hizo en 2004. Adicionalmente un número de magistrados independientes fueron presionados para que pidieran sus jubilaciones y uno fue destituido, todo lo cual permitió reconfigurar al Tribunal Supremo (PÉREZ PERDOMO, 2005, 2011).

Un número importante de magistrados deberían haber sido designados en 2016, después de las elecciones parlamentarias. De nuevo, los magistrados fueron presionados para jubilarse anticipadamente, en 2015. Al conocerse los resultados electorales del 6 de diciembre de 2015 según los cuales la oposición obtuvo una mayoría calificada, la Asamblea Nacional se apresuró en su tarea de designar los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin seguir los pasos establecidos en la Constitución. Los candidatos fueron objetados por miembros de la profesión de abogado. El motivo es que varios de los candidatos no cumplían los requisitos constitucionales para ser magistrados del Tribunal Supremo, incluyendo algunos tan obvios como tiempo transcurrido desde su obtención del grado en derecho, o habían tenido una actuación político-partidista que los inhabilitaba para desempeñar estos cargos. La Asamblea Nacional no tramitó las objeciones. Como su tiempo de sesiones se venció sin haber cumplido los trámites para hacer las designaciones, la Asamblea convocó a sesiones extraordinarias y logró designar los trece magistrados principales y los respectivos suplentes el 23 de diciembre de 2015.

La perversión del espíritu de la constitución de 1999 ha afectado la legitimidad y auctoritas del Tribunal Supremo de Justicia y también la independencia de los jueces en general por la falta de los concursos públicos y competitivos previstos en la constitución (art. 255 CRBV, ver PÉREZ PERDOMO, 2011). También se ha afectado el elemento democrático de la constitución. Las *Normas para regular los referendos revocatorios* (27 de marzo de 2007) son grandemente restrictivas de la posibilidad de celebraros, al llenar el procedimiento de pasos inútiles y requisitos bizantinos. Esto limita severamente el carácter democrático de la constitución y ha echado la bases para la presente crisis política que vive el país. Pero antes de ir al tema de la legitimidad de los distintos poderes públicos conviene analizar la casuística del conflicto entre el Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional.

3. LA CASUÍSTICA DEL CONFLICTO DE PODERES

Durante el período de la revolución chavista el Tribunal Supremo de Justicia ha decidido sistemáticamente a favor del gobierno y en contra de los ciudadanos reclamantes, especialmente desde 2005 en adelante. Canova González *et al* (2014) analizaron el conjunto de decisiones entre 2006 y 2012 y encontraron que no había decisiones desfavorables al gobierno, lo que les permitió concluir que el Tribunal Supremo estaba al servicio de la revolución, como además lo declaraban expresamente los propios

---

Estado (sustitución de un poder público por vías distintas a las constitucionales) no está tipificado como delito. El fallo fue muy polémico y condujo a que la Asamblea Nacional, controlada por el chavismo, promulgara la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y a una purga que llenó al tribunal con leales al régimen (Pérez Perdomo, 2005, 2011).

magistrados en sus discursos en los actos solemnes de apertura del año judicial (ARIAS CASTILLO, 2012). La parcialidad política puede apreciarse en las decisiones a las cuales nos referimos en este trabajo.

3.1. Composición de la Asamblea Nacional

La primera decisión afectó la composición misma de la Asamblea Nacional. La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia estaba cerrada desde el 11 de diciembre de 2015, pero el 23 de diciembre, el mismo día en que fueron designados los magistrados, anunciaron que darían audiencia los días 28, 29 y 30 de diciembre. Al reabrir sus puertas, los magistrados de la Sala Electoral fueron recusados por su parcialidad política, pero la recusación no fue tramitada sino que la Sala decidió (sentencia del 260) el 30 de diciembre de 15 suspender los actos de totalización, adjudicación y proclamación de los cuatro diputados electos por el Estado Amazonas. Esta decisión es una medida provisoria mientras se decide el juicio de nulidad de la elección, pero tuvo el efecto inmediato de quitar a la oposición la mayoría calificada.

El 11 de enero de 2016 la Sala Electoral ratificó la suspensión de los diputados y ordenó a la Asamblea Nacional desincorporar a los cuatro diputados juramentados del Amazonas, declarando que serían nulos todos los actos de la Asamblea Nacional mientras se mantuvieran incorporados los diputados de Amazonas. Cabe notar que es una medida provisoria mientras se decide la demanda de nulidad. En caso que esta fuera declarada con lugar procedería una nueva elección. Sin embargo, la Sala Electoral no ha procedido a decidir sobre la recusación de sus miembros ni el juicio de nulidad, paralizando así el procedimiento, con lo cual priva al Estado Amazonas de representación y a la oposición de mayoría calificada. En los días finales de julio los dirigentes de la Asamblea Nacional señalaron que los diputados de Amazonas serían incorporados por haber transcurrido más de seis meses sin decisión de la Sala Electoral. El 1 de agosto de 2016 la Sala Electoral declaró la *invalidez, inexistencia e ineficacia jurídica* del acto de juramentación e incorporación por *violación flagrante del orden público constitucional* (El Nacional 02 de agosto de 2016). El conflicto se mantiene hasta el momento en que este trabajo se escribe.

El 1 de marzo de 2016 en un recurso de interpretación, la Sala Constitucional decidió que la Asamblea Nacional está compuesta de 167 diputados y que la mayoría calificada requerida es de 112. Este punto es importante porque la Asamblea tendría la mayoría calificada necesaria para las decisiones más importantes si los diputados suspendidos no contaran en absoluto. Pero al contarlos para el quórum, aun estando suspendidos, la oposición perdió la mayoría calificada.

3.2. Decretos de emergencia económica

Ante la crisis de desabastecimiento y el incremento de la inflación, el 14 de enero de 2016 el presidente dictó un decreto de emergencia económica que le daba poderes extraordinarios en materia económica por 60 días. Estos poderes incluían la capacidad de requerir bienes de empresas públicas o privadas para garantizar el acceso a pro-

ductos de primera necesidad y fijar límites máximos para transacciones comerciales y financieras (publicado en Gaceta Oficial el 15 de enero de 2016). Conforme al art. 339 de la constitución, tal decreto debe ser sometido a control de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo de Justicia y a la aprobación de la Asamblea Nacional. El 20 de enero de 2016 el Tribunal Supremo lo declaró conforme a la Constitución y el 22 de enero de 2016 la Asamblea Nacional lo desaprobó por considerar que las medidas previstas no eran apropiadas para responder a la crisis económica. El 11 de febrero de 2016 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo declaró que el decreto presidencial mantenía su vigencia y legitimidad, pues ellos tienen el control de constitucionalidad de los actos de la Asamblea Nacional. En otras palabras, la desaprobación de la Asamblea Nacional resultó irrelevante.

El presidente aprobó una prórroga por 60 días el 17 de marzo y el mismo día la Asamblea Nacional lo desaprobó de nuevo. Utilizando el criterio de la Sala Constitucional el presidente entendió que el decreto mantenía su vigencia.

El 13 de mayo de 2016, Nicolás Maduro anunció que decretaría un nuevo «estado de excepción y emergencia económica», el cual se pudo conocer en cuanto a su contenido el día lunes 16 de mayo de 2016, cuando fue publicado en Gaceta Oficial fechada del día 13 de mayo, lo cual resulta irregular. La Asamblea Nacional desaprobó dicho decreto el día 17 de mayo de 2016 y el 19 de mayo de 2016 la Sala Constitucional declaró su constitucionalidad, sin decir nada respecto a varias de las disposiciones del decreto que afectan derechos constitucionales de los venezolanos. La Sala expresó que la Asamblea Nacional debió pronunciarse sobre el decreto, a más tardar a las 48 horas siguientes de haberse hecho público, lo que a su entender había ocurrido el 13 de mayo de 2016, aunque la realidad era que esto se produjo el 16 de mayo de 2016. La Sala Constitucional declaró que la supuesta demora significaba que la Asamblea Nacional «…por imperativo de ley convalidó este nuevo decreto…».

El 12 de julio de 2016 el presidente prorrogó este segundo estado de excepción por 60 días, lo cual fue desaprobado una vez más por la Asamblea Nacional el 14 de julio de 2016 y el 19 de julio, la Sala Constitucional lo declaró constitucional sin mencionar los sucesivos rechazos de la Asamblea Nacional. El presidente y la Sala Constitucional no dan ningún efecto o relevancia a las decisiones de la Asamblea.

3.3. La designación de magistrados del Tribunal Supremo

Desde el inicio de sus sesiones la Asamblea Nacional designó una comisión para estudiar las violaciones a la constitución y a la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo en la designación apresurada de magistrados que se realizó el 23 de diciembre de 2015. Utilizando un recurso de interpretación constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo decidió el 1 de marzo de 2016 que cualquier recomendación que dicha comisión hiciera o cualquier decisión que tomara la Asamblea Nacional en materia de funcionarios de otro poder del Estado es absolutamente nula.

En la misma decisión la Sala Constitucional señaló que la Asamblea Nacional no podía reformar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo pues la iniciativa legislativa en esta materia corresponde al propio Tribunal Supremo de manera exclusiva. El tema

es políticamente importante porque a través de la modificación de tal ley la Asamblea Nacional puede influir en el número de integrantes de las salas o de cualquier otra forma podría reconfigurar las salas.

Es interesante destacar que en esta decisión la Sala Constitucional se adelanta a acciones que podría tomar la Asamblea Nacional y las declara contrarias a la constitución. La Sala no ha esperado que la Asamblea Nacional tome las acciones y después de un procedimiento en el cual las partes sean oídas, tomar una decisión razonada. En este caso la Sala se ha fundamentado en la atribución del numeral 6 del art. 266 de la CRBV que le permite al Tribunal Supremo conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales. Ha extendido esta potestad a los proyectos o ante-proyectos que se planteen en la Asamblea Nacional.

Por su parte, la Asamblea Nacional aprobó el informe de la comisión que estudió la designación de los magistrados en diciembre de 2015 y el 14 de julio de 2016 acordó «dejar sin efecto» (revocó) el acto de nombramiento de estos magistrados y procedió a abrir el proceso para designar la Comisión de Postulaciones Judiciales e iniciar así el proceso de designación de magistrados. El 19 de julio de 2016 la Sala Constitucional reiteró que la Asamblea Nacional no puede destituir los magistrados sino siguiendo el procedimiento pautado por la Constitución. La Sala Constitucional olvidó que en 2004 la Asamblea Nacional revocó la designación del Magistrado Franklin Arriechi por haber suministrado información falsa sobre su título de postgrado en 2.000. Arriechi solicitó un amparo a la Sala Constitucional y esta lo negó. Arriechi entonces solicitó la nulidad del acto de la Asamblea y la Sala Constitucional prefirió no tomar ninguna decisión. Arriechi dejó de ser magistrado. Otra explicación es que el interés político del gobierno era que Arriechi dejara de ser magistrado y ahora es que los magistrados cuestionados permanezcan. Debe indicarse que la irregularidad es más clara en los magistrados seleccionados en diciembre de 2015 que en el caso de Arriechi.

3.4. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

El 07 de abril de 2016 la Asamblea Nacional aprobó la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La reforma incrementaba el número de magistrados de la Sala Constitucional de 7 a 15. El 5 de mayo de 2016 la Sala Constitucional la declaró inconstitucional porque la reforma no tenía como propósito mejorar el funcionamiento de la Sala, sino entorpecer su funcionamiento con propósitos políticos. Por otra parte, reiteró su argumento de que solo el Tribunal Supremo de Justicia tiene iniciativa legislativa en materia de organización y procedimiento judicial.

3.5. Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela

Esta ley fue aprobada el 3 de marzo de 2016 y el 31 del mismo mes la Sala la declaró inconstitucional a solicitud del presidente de la República. Según la Sala la ley es inconstitucional porque exige la ratificación de la Asamblea Nacional de la designación del presidente del Banco Central de Venezuela que haga el presidente de la República. Según la Sala Constitucional esto es contrario a la disposición tran-

sitoria cuarta, ordinal octavo, que establece que «la ley establecerá los términos de participación del Poder Legislativo Nacional en la designación y ratificación de las autoridades (del Banco Central)». Conforme a la Sala participar significa colaborar, ayudar, contribuir o intervenir, pero ratificar implica que la competencia del Poder Ejecutivo sería compartida con la Asamblea, lo cual es contrario a lo establecido en la Constitución, según la Sala.

La mencionada ley también establece como obligación del presidente del Banco Central comparecer ante la Asamblea Nacional para dar cuenta de su gestión, lo cual es contrario al criterio de la Sala que solo los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional deben comparecer a rendir cuentas ante la Asamblea.

3.6. Las facultades de control de la Asamblea Nacional y el funcionamiento de esta

Conforme a lo analizado antes la Asamblea tiene la facultad del controlar al gobierno y la administración pública (art. 187.3 CRBV) y puede realizar investigaciones con las cuales los funcionarios públicos y los ciudadanos particulares están obligados a colaborar (art. 223 CRBV). Desde el inicio de sus actividades en 2016 la Asamblea Nacional ha usado esa función y ha pedido la comparecencia de ministros y altos funcionarios de la administración descentralizada para que den cuenta de su gestión, expliquen la escasez y otros aspectos de la crisis del país, y las medidas que proyectan tomar. Ninguno de los citados ha comparecido. La Sala Constitucional, usando su capacidad de interpretación constitucional, decidió que solo los altos funcionarios del Poder Ejecutivo (de la administración central) están obligados a comparecer y que la Asamblea Nacional no puede citar a funcionarios militares, pues estos solo deben dar cuenta ante su Comandante en Jefe, el presidente de la República (sentencia del 01 de marzo de 2016). Es importante observar que un número importante de altos funcionarios del Estado son militares.

Por otra parte, la Sala Constitucional admitió el 21 de abril de 2016 un recurso de nulidad contra varios artículos del Reglamento Interior y de Debates interpuesto en 2011 por varios diputados de la entonces oposición. Se demoró cinco años en tomar la decisión, hasta que la composición de la Asamblea cambió. Esta decisión fue acompañada de medidas cautelares que limitan severamente el funcionamiento de la Asamblea. Por vía de medida cautelar la Sala Constitucional señaló que los proyectos de ley debían ser consultados con el *Poder Popular*. Aunque la Constitución no habla del poder popular, en el contexto venezolano debe entenderse que es con el Poder Ejecutivo (los ministerios en Venezuela se denominan «ministerio del poder popular de tal o cual»), la consulta debe tener una duración mínima de 20 días que pueden ser prorrogados a petición del poder popular, con lo cual está en manos del Poder Ejecutivo el tiempo de aprobación de las leyes. La decisión también prohíbe a la Asamblea limitar en el tiempo los discursos de los parlamentarios. Establece además como requisito, que la Asamblea debe consultar con el Poder Ejecutivo la viabilidad económica de un proyecto de ley. El efecto de esta normativa aprobada por la Sala Constitucional es limitar severamente la capacidad de funcionamiento de la Asamblea Nacional.

3.7. La Ley de Amnistía

En sentencia del 11 de abril de 2016 la Sala Constitucional declaró inconstitucional la Ley de Amnistía promulgada el 29 de marzo de 2016 por la Asamblea Nacional, la cual beneficiaría a los presos políticos. La Asamblea actuó conforme a la atribución del art. 187.5 que específicamente la faculta para decretar amnistías. La Sala Constitucional argumentó que si la constitución busca la realización de la justicia, una ley de amnistía la frustra y es en consecuencia inconstitucional. Además la amnistía propende a «la anomia de la sociedad venezolana, en franco desconocimiento de sus valores y los principios y garantías que informan el Texto Fundamental…». Esta decisión implica que el art. 187.5 de la Constitución es inconstitucional y que la Asamblea Nacional no puede decretar amnistías.

3.8. Inconstitucionalidad de una posible enmienda a la Constitución

Entre las salidas posibles a la crisis política se discutió públicamente la posibilidad de recortar el período del presidente de la República para reducirlo a cuatro años (en la actualidad es de seis). La Sala Constitucional, respondiendo a una consulta de interpretación constitucional, decidió el 21 de abril de 2016, que aunque una enmienda para reducir el período presidencial es factible, reducir el período presidencial del presidente Maduro, electo para un período de seis años, sería inconstitucional por aplicación retroactiva de la ley. De nuevo se observa que la Sala Constitucional no decidió sobre una propuesta concreta sino sobre la posibilidad de que se adelantara un procedimiento de enmienda constitucional. Al usar un recurso de interpretación decidió sin permitir una discusión jurídico-constitucional sobre si la elección para un cargo público confiere un derecho adquirido que está por encima de la Constitución. El precedente más inmediato es el del presidente Chávez, electo en 1998 por un período de cinco años. Al promulgarse una nueva constitución que modificó la duración del período presidencial aceptó someterse a una nueva elección en 2000.

3.9. Constitucionalidad de la Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados.

El 28 de abril de 2016 la Sala Constitucional decidió que Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados aprobada por la Asamblea Nacional era constitucional. Sin embargo, la ley fue anulada por cuanto la Asamblea Nacional no consultó su viabilidad económica con el Poder Ejecutivo Nacional (requisito establecido una semana antes por la propia Sala Constitucional).

3.10. Propiedad de la vivienda

El 06 de mayo de 2016 la Sala Constitucional declaró inconstitucional la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Ve-

nezuela y Otros Programas Habitacionales del Sector Público. Tal ley tenía como propósito convertir a los beneficiarios de dicho programa en propietarios a título gratuito. Fue declarada inconstitucional por no cumplir con los requisitos de consulta exigidos por la Sala y porque si bien la Constitución reconoce el derecho de propiedad «colocar en el mercado especulativo los inmuebles destinados a un fin social, para en definitiva beneficiar a quienes ejercen el dominio económico de tal mercado, especialmente el sector financiero, resulta contrario al espíritu constitucional del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia».

El problema político tras esta ley es que, conforme el argumento de la oposición mayoritarios en la Asamblea, el gobierno usa el título precario que tienen los beneficiarios de la Misión Vivienda Venezuela para que sean sus clientes políticos bajo la amenaza de expulsión de la vivienda.

3.11. Ley Especial Para Atender la Crisis Nacional de Salud

El 03 de mayo de 2016 la Asamblea Nacional sancionó esta ley y el 9 de junio de 2016 fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional. Al leer la decisión, se evidencia que la Sala concede amplísimas competencias al presidente de la República, limita (prácticamente elimina) las funciones contraloras y legisladoras del Poder Legislativo Nacional, y restringe la cooperación internacional en materia de salud a que esta solo sea posible cuando el Poder Ejecutivo Nacional requiere la ayuda, lo contrario, a su entender, atenta contra la soberanía. Debe notarse que el derecho a la salud está consagrado constitucionalmente y que se ha documentado la muerte de un buen número de personas, incluyendo niños, por falta de medicamentos en hospitales y farmacias.

4. LEGITIMIDAD Y AUCTORITAS EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

La manera sistemática como el Tribunal Supremo de Justicia se ha enfrentado a la Asamblea Nacional de Venezuela plantea el decisivo problema del papel de los poderes públicos en el Estado constitucional de derecho y de la naturaleza del funcionamiento de una república. El régimen republicano o, en términos que nos son hoy más familiares, el Estado de derecho, se caracteriza por la limitación en el ejercicio del poder público. No hay ningún poder realmente supremo sino que la constitución hace atribuciones de competencias que deben ser respetadas por quienes ejercen el poder público y garantiza la libertad de los ciudadanos. La constitución no puede ser confundida con el programa de un partido político sino que tiene un valor normativo jurídico fuerte (García de Enterría, 1983, 2000; García Pelayo, 1986).

En una democracia constitucional el poder político tiene dos fuentes de legitimidad. En primer lugar, quienes ejercen el poder deben ser electos por el pueblo y actuar conforme al programa político ofrecido y dentro de los límites que la constitución establece. Se habla así de una legitimidad democrática que en términos sencillos significa que debemos respetar a quienes hemos elegido y cumplir con las reglas que estos

promulguen. En el caso de Venezuela tanto el presidente Nicolás Maduro, electo en abril de 2013 por estrecho margen, como la Asamblea Nacional, electa en diciembre de 2015 con mayoría calificada y con un proyecto distinto al de Maduro, tienen legitimidad democrática. Hagamos abstracción que Maduro fue producto de una elección protestada por las ventajas del poder omnímodo que aprovechó y que su margen de victoria fue estrecho. A pesar de las protestas, fue aceptado como presidente y tiene una legitimidad democrática. Pero claramente dos años después los electores rechazaron sus políticas y eligieron a quienes proponían cambiarlas. Es la Asamblea Nacional la que tiene la legitimidad democrática más fuerte por la cercanía de su elección y por el margen amplio de la victoria a pesar de que el sector gubernamental usó los recursos del Estado para apoyar a sus partidarios.

En cualquier democracia que funcione como tal ha debido generarse una negociación que condujera a un compromiso sobre cuáles políticas podían ser cambiadas y que en las siguientes mediciones electorales el país se decantara sobre el rumbo definitivo a seguir. Lamentablemente no ocurrió así. Maduro se siente el heredero de un legado revolucionario y no se plantea cambiar ninguna de las políticas públicas, aun aquellas que claramente cuentan con el rechazo de los electores y que han conducido el país a una situación económica y social muy difícil. El conflicto entre el presidente y la Asamblea Nacional resultó inevitable e institucionalmente le correspondía al Tribunal Supremo servir de árbitro en los distintos campos que se manifestara el conflicto de poderes.

Aquí corresponde analizar la legitimidad del Poder Judicial como poder público. Ciertamente esa legitimidad no es democrática en el sentido que los jueces en Venezuela no son electos popularmente (con excepción de los jueces de paz) y no se espera que atiendan la opinión pública o la voluntad de los electores como criterio para decidir. Los jueces no tienen por qué tomar en cuenta que 6 de cada 10 electores votaron en contra de las políticas del presidente Maduro en 2015, o que su popularidad está por debajo del 20 por 100 en 2016, ni tampoco deben asumir la defensa de la revolución. Deben decidir conforme a derecho, es decir conforme a las reglas y principios constitucionales y legales.

Como hemos ya observado la constitución venezolana requiere que los jueces sean independientes e imparciales y los magistrados del Tribunal Supremo deben ser además juristas de reconocida competencia y buena reputación (art. 262 de la Constitución). Las disposiciones sobre el procedimiento en la designación y requisitos para ser magistrado del Tribunal Supremo no son meros trámites de cumplimiento más o menos electivo. Están dirigidas a garantizar las cualidades del magistrado, su *auctoritas*. El procedimiento seguido para la designación de magistrados violó el espíritu y frecuentemente también la letra de las disposiciones constitucionales. La presión para que se retiraran los magistrados cuyo período vencía en 2016, la ausencia de un comité de postulaciones con los requerimientos exigidos en la constitución, la falta de tramitación de las objeciones que se le hicieron a los candidatos, el apresuramiento final en designar a magistrados falseando o desconociendo los tiempos de la tramitación, solo se explica por la necesidad política de contar con aliados en el Tribunal Supremo para defender una revolución que ha perdido el apoyo popular. El resultado fue la elección de magistrados obviamente comprometidos con el Partido Socialista Unido

de Venezuela, entre ellos varios sin los requerimientos obvios de tiempo de ejercicio profesional. Las circunstancias de la elección permiten pensar que fueron escogidos por su lealtad política. Todo ello les hizo perder su legitimidad de origen. La falta de credenciales académicas o de carrera profesional los priva de auctoritas.

En su desempeño los magistrados del Tribunal Supremo han mostrado una total lealtad política al presidente de la República, reforzando su poder. No importa que los decretos de emergencia del presidente limiten gravemente los derechos ciudadanos y que la Asamblea Nacional los haya considerado inconvenientes para resolver la crisis económica: la Sala Constitucional los declara constitucionales y decide que la desaprobación por la Asamblea Nacional no tiene consecuencias. Como hemos visto también la Sala Constitucional declara inconstitucional una ley de amnistía de los presos políticos que se planteó como un paso para la reconciliación y el diálogo político. El presidente no deseaba esa ley y el Tribunal Supremo la declara inconstitucional a pesar de estar expresamente prevista por la Constitución entre las atribuciones de la Asamblea. Los argumentos para la inconstitucionalidad harían igualmente inconstitucionales cualquier ley de amnistía que se apruebe en cualquier país.

En resumen, las decisiones e interpretaciones de la Constitución de 1999 han pervertido su espíritu y, de hecho, el de cualquier constitución (Casal, 2011). Si el Estado constitucional de derecho busca el equilibrio de los poderes y la garantía de los derechos de los ciudadanos, las decisiones de la Sala Constitucional han ido en sentido contrario por su declarada solidaridad con un proyecto político. Es por esto que no puede decirse que el Tribunal Supremo venezolano sea activista judicialmente, sino que ha actuado claramente sometido al poder político. Tampoco puede decirse que es una fuerza pro-democrática. Es contra-mayoritaria en el sentido que se opone a la mayoría expresada en las elecciones legislativas y en los estudios de opinión, pero no lo hace en función de garantizar los derechos de los ciudadanos. La situación venezolana en 2016 es un caso clásico de sometimiento de los jueces a la voluntad política de un grupo dispuesto a permanecer en el poder por la fuerza y a imponer un proyecto político que ha perdido el apoyo de la mayoría de los ciudadanos. Es el triste ejemplo de unos jueces sin auctoritas que han perdido completamente su legitimidad.

El caso de Venezuela nos muestra que el funcionamiento del Estado constitucional de derecho no es solo un problema de arquitectura de la constitución sino de la disposición de los actores políticos y jurídicos a actuar conforme a determinados principios. Es cierto que la Constitución de 1999 es desequilibrada: fortaleció al Poder Ejecutivo y al Tribunal Supremo de Justicia, especialmente la Sala Constitucional, y debilitó a la Asamblea Nacional. Pero creemos haber mostrado que el problema no se limita a la estructura constitucional sino a la manera como los actores políticos más poderosos han entendido a la constitución como un instrumento maleable que sirve para justificar a quienes ejercen el poder y perseguir sus opositores. El funcionamiento de una democracia constitucional requiere que los actores políticos entiendan que sus poderes están limitados, que deben respetar los derechos de los ciudadanos y de los grupos opositores. Requiere también que los jueces, especialmente los jueces constitucionales, entiendan el sentido de la constitución como garantía de la libertad y limitación de los poderes públicos. El funcionamiento del Estado constitucional de derecho requiere tomar en serio la cultura constitucional.

Son las decisiones y la conducta del Tribunal Supremo de Justicia, del presidente de la República y de otros actores dentro del sistema político venezolano lo que hace que generalmente no se considere a Venezuela como una democracia constitucional ni, más simplemente, como una democracia. Por ello se la califica con frecuencia de régimen híbrido que adopta apariencias de democracia y de Estado constitucional de derecho pero que en realidad es un régimen autoritario y personalista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R., 2001: *A theory of constitutional rights*, New York: Oxford University Press.

ARIAS CASTILLO, T., 2012: «Los actos de apertura del año judicial en Venezuela, 1999-2012», en SILVA ARANGUREN y otros: *Crisis de la función judicial*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia y Universidad Metropolitana.

CÁNOVA GONZÁLEZ; HERRERA ORELLANA, RODRÍGUEZ ORTEGA y GRATEROL STEFANELLI, 2014: *El TSJ al servicio de la revolución*, Caracas, Galipán.

CASAL H., J. M., 2011: *Defender la constitución*, Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y Universidad Católica Andrés Bello.

DWORKIN, R., 1977: *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press.

— 1986: *Law's empire*, Cambridge: Belknap Press.

FRIEDMAN, L., 1985: *A history of American law*, 2nd ed., New York: Simon & Schuster.

— 2002: *American law in the 20th century*, New Haven: Yale University Press.

FORBATH, W., 1991: «Courts, constitutions and labor politics in England and Americ: A study on the constitutive power of law», *Law and Social Inquiry,* 16.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1983: *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid: Civitas, 3.ª ed.

— 2000: «El valor normativo de la Constitución española de 1978». En Fundación Manuel García-Pelayo: *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas.

GARCÍA PELAYO, M., 1959: *Derecho constitucional comparado*, 5.ª ed., Madrid, *Revista de Occidente.*

— 1969: «Auctoritas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 42.

— 1986: *Estado legal y Estado constitucional de derecho*, Lima. (En *Obras completas* III, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

HELMKE, G., y RÍOS FIGUEROA, J., eds., 2010: *Tribunales constitucionales en América Latina*, México: Poder Judicial de la Federación.

LAMBERT, E., 1921: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis*, Paris: Giard.

LARRAZÁBAL, F., 1864: *Principios de derecho político o elementos de derecho constitucional*, Caracas: Imprenta Bolívar.

MERRYMAN, J. H., y PÉREZ PERDOMO, R., 2007: *The civil law tradition*, 3.ª ed., 2007, Stanford University Press (traducido al español como *La tradición jurídica romano-canónica*, México: FCE, 2014).

PEREIRA MENAUT, A.-C., 2003: *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid: Marcial Pons.

PÉREZ PERDOMO, R., 1969: «El argumento de autoridad en el razonamiento jurídico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 42.

— 1987: «Teoría y práctica de la legislación en la temprana república (Venezuela 1821-1870)», en *L' educazione giuridica. Modelli di legislatore e scienza del la legislazione,* Edizione Scientifiche Italiane, Perugia, 1987, también en Politeia, 11.

— 2000: Jueces y Estado hoy, en Fundación Manuel García Pelayo (ed.), *Constitución y constitucionalismo hoy,* Caracas: Fundación Manuel García Pelayo.

— 2005: «Judicialization and regime change: the Venezuelan Supreme Court», en R. SIEDER, L. SCHJOLDEN y A. ANGELL (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, London: Palgrave Macmillan.

— 2011: *Justicia e injusticias en Venezuela. Estudios de historia social del derecho*, Caracas: Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana.

PÉREZ PERDOMO, R., y FRIEDMAN, L., 2003: «Latin Legal cultures in the age of globalization», en L. FRIEMAN y R. PÉREZ PERDOMO (eds.), *Legal cultures in the age of globalization (Latin Europe and Latin America),* Stanford: Stanford University Press.

PINTO PEÑA, R., 200): *Comité de postulaciones: participación y control social den la preselección de candidatos a ocupar cargos de los poderes públicos nacionales Judicial, Ciudadano y Electoral*, Caracas: ILDIS & Friedrich Eber Stiftung (documento de trabajo).

RUGGERI PARRA, P., 1957: *Elementos de derecho constitucional*, Caracas: Garrido.

SANOJO, L., 1877: *Estudios de derecho político*, Caracas: Espinal e hijos.

SIEDER, S., y ANGELL (eds.), 2005: *The judicialization of politics in Latin America*, London: Palgrave Macmillan.

SULTANY, N., 2012: «The state of progressive constitutional theory: The paradox of constitutional democracy and the project of political justification», *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 47.

TATE, C. N., y VALLINDER, T. (eds.), 1995: *The global expansion of the judicial power*, New York: New York University Press.

WOLF, E., 1945: *Tratado de derecho constitucional venezolano*, Caracas: Tipografía Garrido.

YANES, F. J., 1839: *Manual político del venezolano*, Caracas: Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana, 2009.

ENTREVISTA A JUAN-RAMÓN CAPELLA

INTERVIEW TO JUAN-RAMÓN CAPELLA

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Es costumbre empezar las entrevistas en* Doxa *con una pregunta alusiva a la biografía intelectual del entrevistado. Tú has publicado en fecha reciente una autobiografía (Madrid, Sin Ítaca, Trotta, 2011) que llega hasta 1975 y recoge, según tus palabras, la primera mitad de tu vida; también has escrito en la revista* Anales, *en 2010 («Filosofar sobre el derecho en España: una aportación personal al margen»), un artículo en el que expones tu trayectoria filosófico-jurídica hasta entonces; y un texto de «Autocríticas» que aparece en este mismo número de* Doxa. *De manera que lo que en otras ocasiones ha sido una pregunta de carácter general se convertirá en esta entrevista en una serie de cuestiones relativamente concretas y que tienen esos textos como trasfondo. La primera de ellas, la que ahora te hago, está dirigida, al menos en parte, a llenar una laguna. Se trata de que nos expliques qué fue lo que te llevó a estudiar derecho. Y, ya en el contexto de la Facultad de Derecho de Barcelona, ¿por qué optaste por entrar en la cátedra de Filosofía del derecho (que representaba, como tú mismo dices, «un iusnaturalismo teológico trasnochado») y no en alguna otra, quizás más afín a tu orientación ideológica de entonces? ¿Hubo alguna persona, algún profesor, que ejerciera entonces sobre ti una influencia destacable? ¿Cómo fue, en definitiva, que te interesaste por la Filosofía del derecho? Y, de paso, ¿cómo era la Facultad de Derecho y la Universidad de Barcelona de entonces? ¿Muy distinta(s) a la(s) del resto de España? Recuerdo que en alguna página de «Sin Ítaca», refiriéndote, me parece, a ese periodo, tú dices algo así como que «en la universidad española de entonces todavía se podía aprender algo». ¿Podrías explicar a qué te referías con esas palabras?*

Juan-Ramón Capella: Había estudiado yo el bachillerato de ciencias y mi padre deseaba verme ingeniero. Pero a mí me gustaba la literatura, tanto que a través de ella (Camus, Sartre, Malraux) llegué a la filosofía. La de derecho sería una licenciatura aceptable para mi padre, que no hubiera aceptado financiarme, creía yo, Filosofía y Letras, y me permitiría a mí otros cinco años de vida de estudiante. Así que me licenciaría en derecho sin la menor vocación para la práctica profesional.

En la Facultad de Derecho de Barcelona había bastantes profesores competentes en sus especialidades: Latorre (Romano), Font i Rius (Historia), M. Ballbé (derecho administrativo, redactor de la Ley de lo Contencioso), Villavicencio y Albaladejo (civilistas), Polo (mercantilista)... pero pocos de ellos se molestaban en enseñar lo que sabían, interesados principalmente por sus actividades profesionales como letrados. Latorre y Font eran la excepción; Latorre, además, tenía aficiones literarias y era

DOI: 10.14198/DOXA2016.39.23

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 427-445

una persona de ideas socialistas, por lo que entré en confianza con él y acabamos siendo, con los años, buenos amigos. Era un profesor ejemplar. Sin embargo, los enseñantes principales fueron algunos de mis propios compañeros, interesados en la literatura, el cine, la política, la sociedad. Los estudiantes animábamos una intensa vida cultural en la Facultad al margen de las clases. He vuelto a ver este buen clima, ya como profesor, en la época del Sindicato Democrático de Estudiantes y en los cursos inaugurales de las facultades de Económicas y de Derecho de la Autónoma barcelonesa: grupos de estudiantes que en su afán formativo iban mucho más allá de lo que les exigía el currículum oficial. En los centros docentes superiores, en mi opinión, es preciso que haya élites estudiantiles cultas para que el conjunto funcione.

En los últimos años de la licenciatura leí a Max WEBER y a una caterva de filósofos, de HEIDDEGER a HUSSERL y a KANT y RUSSELL, por una parte, y también a RECASÉNS SICHES y CORTS GRAU, lo que me llevó a pensar que la Filosofía del derecho podía ser un campo coherente con mis intereses (y no es que CORTS o RECASÉNS, precisamente, me gustaran, ni que entendiera a HEIDDEGER). Pero tuve la intuición de que debía acercarme a Manuel SACRISTÁN tras asistir a una de sus clases. Sacristán aceptó orientarme y me recomendó que entrara en «la cátedra» de Filosofía del derecho que detentaba LUÑO PEÑA. Eso no me hacía la menor gracia, pues LUÑO era como catedrático lo menos prestigiado de la Facultad; pero SACRISTÁN, que también le había padecido, insistió en que la universidad es pública, y que debía verla así: que las cátedras, en una palabra, no son propiedad de nadie, sino simples burocracias funcionales. LATORRE también contribuyó a vencer mis escrúpulos: «Hay que encontrar en la universidad algún agujero en el que meterse —me dijo—; y luego, desde ese agujero, hacer lo que a uno mejor le parezca».

M. A.: *Según explicas en el mencionado artículo de los* Anales*, tu decisión de hacer una tesis de doctorado en el campo (entonces naciente) de la lógica deóntica tenía en cierto modo como objetivo superar el iusnaturalismo escolástico dominante: «por rebasamiento, suscitando el interés por temas para los que el iusnaturalismo careciera de respuesta». Eso te llevó también a estudiar durante un tiempo en París, en la Sorbona, y a conocer allí a profesores destacados como VILLEY, POULANTZAS, BATIFFOL o KALINOWSKI. Y, finalmente, en 1965 leíste en Barcelona tu tesis de doctorado,* «El Derecho como lenguaje», *publicada años después en la editorial Ariel y que es la primera obra española de iusfilosofía analítica. Me gustaría plantearte varias cuestiones sobre esos pormenores. ¿Qué impresión te causaron los iusfilósofos franceses antes mencionados? ¿Era muy distinto el ambiente universitario francés de entonces y el español, el de Barcelona? ¿Cuál consideras que fue la principal aportación de tu tesis? ¿De qué manera ha influido en tu obra posterior esa formación de carácter lógico? ¿Qué actitud debería tener hoy un filósofo del derecho en relación con lo que solemos llamar iusfilosofía analítica?*

J.-R. C.: Los iusfilósofos franceses fueron muy amigables conmigo. Pero en la primera clase doctoral con VILLEY, sobre LOCKE, me di cuenta de que ignoraba bibliografía reciente e importante de COX y MACPHERSON sobre el tema. Él mismo me desaconsejó asistir a su curso y en cambio me dio las llaves de su Seminario. Casi todos aquellos profesores eran tomistas, salvo EISENMANN y POULANTZAS; este último acababa de doctorarse con una tesis sobre el derecho en HUSSERL, probablemente nunca publicada. El grupo se reunía quincenalmente bajo la presidencia de Henri BATIFFOL.

Dicho con otras palabras: era un grupo bastante cultivado filosófico-jurídicamente, pero muy tradicional y tomista. Yo asistía a sus reuniones más por curiosidad que por su interés. Se salvaban —para mí— EISENMANN, traductor de KELSEN, y G. VLACHOS, un especialista en KANT.

Sin embargo, había emigrado a París el lógico Georges (Jerzy) KALINOWSKI, emparentado con lo mejor de la escuela lógica polaca, que era investigador y no profesor. Nos vimos durante bastante tiempo cada quince días, pues era un pionero en lógica normativa. KALINOWSKI era tremendamente conservador, hasta en la terminología lógica: si podía decir *modus ponens* no decía *implicación.* Pero nos entendimos maravillosamente y conservamos luego una relación de amistad. Me ayudó a concretar capítulo por capítulo mi tesis doctoral. Por otra, y muy importante parte, tuve la fortuna de caer, por consejo de Pierre VILAR, en los cursos de Lucien GOLDMANN, en la *École des Hautes Études,* sobre MALRAUX y sobre el joven MARX. Con GOLDMANN aprendí a leer un poco mejor. Al margen de la lógica, fue mi más apreciado maestro en la Sorbona.

Sí, había diferencias entre los ambientes estudiantiles parisinos y barceloneses. Era muy de mi agrado, en París, reunirme con otros estudiantes graduados que se interesaban por diversos aspectos de la cultura, principalmente la literatura, el cine y el arte, y conversar ordenadamente, sabiendo que cada uno aportaba lo mejor que tenía. A mí me tocaba informarles de la lírica española, la clásica y la contemporánea, y leerles poemas en castellano cuyo significado conocían. Se notaba, en suma, que los estudiantes franceses eran más cultos y tenían una educación mejor que la de los españoles.

En cuanto a la principal aportación de mi tesis, creo que consistió en haber examinado a fondo la bibliografía lógica y lógico-jurídica e introducir los tratamientos analíticos. Al menos, eso fue lo que me agradecieron los estudiosos de filosofía del derecho más jóvenes, por mucho que se empeñaran en ignorarme después, cuando sus maestros les dijeron que yo era *peligrosamente* izquierdoso.

Creo que la metodología analítica es absolutamente imprescindible para cualquier filosofar. Al menos hay que saber determinar el alcance de lo que se afirma, y hacerlo con rigor y con toda la precisión posible. En eso la formación analítica me ha influido siempre; todavía sigo leyendo, *por el placer,* textos de lógica de vez en cuando. Eso no me impide ver que en España se puso de moda refugiarse en cuestiones gnoseológicas para evitar así temas comprometidos.

Me formulas preguntas-río, supongo que para situar al lector. Pero preferiría tocar de una en una las cuestiones que te parezcan oportunas.

M. A.: *Ha salido antes el nombre de Manuel SACRISTÁN. Aunque hayas escrito un libro entero sobre él, ¿podrías hacernos una breve semblanza de quien fue tu principal maestro? ¿Qué puede aportar hoy la lectura de sus obras a alguien que desee adquirir una formación iusfilosófica? ¿Y qué partes de sus escritos aconsejarías leer?*

J.-R. C.: Empiezo por el final. Creo que lo mejor de la producción de Manuel SACRISTÁN es la filosófica, como los artículos de finales de los cincuenta (se encuentran en sus *Papeles de Filosofía*). También la lógica si uno es un lógico. Y también su producción propiamente filosófico-política, como sus trabajos sobre GRAMSCI y, sobre todo, los ensayos de los últimos años en su giro ecologista. Ahí es un renovador radical.

¿Qué puede aportar a un iusfilósofo? Ante todo disciplina intelectual, rigor, consistencia epistemológica. Casi nadie sabe que durante un breve tiempo Manuel SACRISTÁN barajó la posibilidad de dedicarse a la filosofía del derecho, y leyó y tradujo importante literatura alemana de esta disciplina. Lo refleja en un ensayo cuya primera parte utilizó como homenaje a ARANGUREN (la segunda parte se ha perdido). La reflexión filosófico-política es impresdindible porque, en mi opinión, no se puede pensar cogentemente el derecho sin tomar en consideración el estado.

SACRISTÁN desempeñó un magisterio filosófico y cultural —en sus clases, en sus escritos menores, en sus conferencias y seminarios, en sus traducciones— incomparable en la vida cultural barcelonesa, que se extendía como en ondas por todo el país. Un magisterio en gran parte muy directo, personal, de esos que dejan pocos registros materiales. Fue un grandísimo filósofo, exento de frivolidades (que otros sí tenían). También un conocedor erudito de toda la obra de MARX. Tuvo que soportar el ostracismo académico al que le sometió implacablemente el franquismo, lo cual supuso un freno importante para su trabajo de creación al tener que dedicar mucho tiempo —«explotarse a sí mismo», decía él— a la traducción para ganarse la vida.

Y además de todo eso fue un dirigente del partido comunista clandestino, al menos entre 1957 y 1969 —después de eso quiso ser solo un militante de base, hasta 1979—. Políticamente trató de crear hegemonía para las ideas de transformación social en unos ambientes que solo se interesaban por el dominio político.

No estaba solo, sin embargo: Giulia Adinolfi, su compañera, su esposa, era una persona de muchísimo fuste, una hispanista de muy buena formación en el análisis literario, una feminista comunista muy original. Cuando hablo del magisterio de Manolo SACRISTÁN pienso también en el de Giulia, y desespero de que ambos desaparecieran todavía jóvenes y fecundamente productivos.

M. A.: *Estoy ahora, casualmente, ocupado en leer una obra de DILTHEY y se me ha venido a la cabeza la idea, a partir de lo que acabas de decir, de que quizás el interés de SACRISTÁN por la filosofía del derecho tuviera algo que ver con DILTHEY y con el papel central que este último atribuyó al derecho en el marco de los fenómenos socio-históricos. Además, SACRISTÁN escribió su tesis de doctorado sobre HEIDEGGER que, de alguna forma, viene a ser un continuador de DILTHEY. ¿Tiene algún sentido esa elucubración? Y, en todo caso, y dado que tú también estuviste interesado en HEIDEGGER, lo entendieras bien o no, ¿qué piensas hoy sobre HEIDEGGER y sobre la hermenéutica? ¿Hay algo de valioso en esa forma de entender la filosofía, y también la filosofía del derecho? ¿O estarías más bien al lado de filósofos como Mario BUNGE que considera a HEIDEGGER más bien como un estafador intelectual?*

J.-R. C.: Entre mis muchas carencias está la ausencia de una lectura directa de DILTHEY. Pero por lo que sé de él, HEIDEGGER no me parece que pueda ser visto como un continuador. La experiencia histórica, central para DILTHEY, no lo es para HEIDEGGER, como tampoco la búsqueda de justificación metafísica para la racionalidad. Creo que el HEIDEGGER que cuenta, el de *Ser y tiempo,* prolonga una tradición de irracionalismo —que diría LUKÁCKS— anticientificista. Esa tradición tiene sus puntos destacados, como bien sabes, en SCHOPENHAUER, NIETZSCHE y HEIDEGGER, con KIERKEGAARD también por ahí, todos asustados al haber entrevisto el abismo de la falta

de fundamentos absolutos y verse arrojados a una historicidad que rechazan: todo lo contrario que DILTHEY. El desprecio de BUNGE hacia HEIDEGGER me parece pues justificado.

No recuerdo ningún texto de SACRISTÁN sobre DILTHEY y no creo que este tuviera influencia sobre él. En mi opinión la filosofía del derecho fue tanteada por Manolo SACRISTÁN más bien como punto de intersección de sus dos licenciaturas, Derecho y Filosofía.

M. A.: *A finales de la década de los sesenta hay un cambio en tu trayectoria intelectual, que tiene un claro reflejo temático: el centro de interés pasa —creo que se puede decir así— de la lógica a las ciencias sociales; o sea, del análisis formal —lógico— del derecho pasas a interesarte por la relación del derecho con el Estado y con los poderes sociales. Mi pregunta es: ¿Ese cambio temático fue acompañado también de un cambio en tu manera de entender la Filosofía del derecho? Y volviendo a SACRISTÁN. Por esa época tuvo lugar una polémica famosa entre SACRISTÁN y BUENO sobre el papel de la filosofía en el conjunto del saber. ¿Influyó en algo en tu manera de entender la Filosofía del derecho? ¿Qué opinión tienes sobre esa polémica y sobre esas dos formas (quizás no tan distantes entre sí como pudiera parecer) de entender la filosofía?*

J.-R. C.: Por la época que tú evocas tuve ya claro que no es posible estudiar el derecho como cosa separada del estado y de la política. Muchos juristas consideran el derecho como un ente cerrado en sí mismo. No es mi caso. Ciertamente, el derecho trata de construirse como cerrado, mediante reglas de heterointegración. Pero eso no le hace inmune al estado ni, en el fondo, a la política. A fin de cuentas el derecho trata del reparto de las cargas sociales, de los deberes, y como ese reparto es desigual hay un combate más o menos permanente por reajustar los desequilibrios. Atinas pues al señalar que a partir de esas fechas mi reflexión se extendió a —o trató de nutrirse de— otros saberes sociales.

¿Polémica BUENO-SACRISTÁN? No creo que la hubiera realmente: SACRISTÁN publicó un opúsculo de pocos folios distanciándose de la filosofía sistemática, y luego Bueno un libro de cuatrocientas páginas al que SACRISTÁN no respondió. Yo comparto la idea de SACRISTÁN de que no hay filosofía (doctrina filosófica cerrada verdadera), sino filosofar, esto es, una indagación que tiene sentido en el ámbito moral siempre, en el epistemológico a menudo, y, a veces, en la reflexión sobre objetos acerca de los cuales no hay todavía ciencia (un filosofar previo a la ciencia, digamos heurístico), o cuando hay ciencia pero caben preguntas postcientíficas, por decirlo así. La reflexión de Einstein *antes* de formular la teoría de la relatividad es un filosofar de este tipo, que condujo a una renovación científica; las reflexiones de Bracque y de Picasso *antes de* o *al* innovar en su plástica, son filosofar también, a mi modo de ver. La indagación acerca de si un derecho es un sistema cerrado o un *corpus* abierto, también lo sería. Pero no hay un acervo de saber filosófico paralelo al científico; conocemos filosofares históricos, pero cuando estos obtienen verdades y no doctrinas se constituyen en ciencias: lógica, epistemología, etc.

M. A.: *En el año 1970 publicaste un «panfleto jurídico», sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas, en el que, además de una crítica sobre la manera de entender y de enseñar el derecho en las Facultades jurídicas de entonces, defendías, de*

alguna forma, la utopía marxista (y no solo marxista) de una sociedad regulada sin necesidad de utilizar la coerción: una sociedad sin Estado y sin derecho (yo prefiero escribir estas dos palabras con mayúscula, simplemente para evitar ambigüedades). En el prólogo a Materiales para la crítica de la filosofía del Estado, publicado en 1976, (pero también en otros lugares) te refieres a ese trabajo calificándolo de «superficial» y de «optimista». Pero hay algo que a mí no me queda claro en relación con ese escrito y con otros tuyos posteriores, a propósito de tu planteamiento de fondo en relación con el derecho y con su papel en la sociedad. Y lo que no me queda claro es si sigues pensando que el derecho, todo derecho, es «un mal necesario» y que «el derecho es necesario para acabar con el derecho» (que es lo que afirmabas en aquel panfleto); o si tu postura es más bien la de que el derecho es una realidad (un instrumento social) ambivalente y que «posibilita tanto deshacer injusticias cuanto consumarlas» (son también palabras tuyas, de un texto reciente). Porque a mí me parece que no es lo mismo. Si su naturaleza fuera la ambivalencia, entonces cabría pensar en cómo transformarlo en un sentido, digamos, positivo. Pero si es un mal (aunque necesario), entonces la actitud a adoptar al respecto tendría que ser, pienso yo, bastante distinta (para entendernos: más escéptica). Y aclaro: una cosa es que lo que haga necesario al derecho sea el mal (el conflicto) social; y otra cosa, que el propio derecho (la técnica jurídica empleada para combatirlo) sea él mismo un mal. La analogía con la medicina parece inevitable: la enfermedad es un mal (un mal, en principio, que tiene su origen en la naturaleza) pero no así la técnica médica dedicada a curar, en la medida de lo posible, las enfermedades. ¿Cuál es entonces tu postura?

J.-R. C.: Los seres humanos, la especie, ha inventado algunas instituciones de interés para responder a la cuestión planteada. Instituciones que otras especies no han sido capaces de crear. Las religiones, por ejemplo. Y el Poder institucionalizado. Pongamos el derecho entre paréntesis antes de volver a él. No creo que haya ningún inconveniente en aceptar el papel ambivalente de las religiones. En nuestra zona cultural, el cristianismo ha dado de sí tanto a Francisco de Asís como la Inquisición. A veces con coerción puramente mental; a veces, con terrible coerción material. La agrupación de personas en torno a alguna ideología religiosa se puede ver pues de forma ambivalente. En lo que respecta al Poder, es más dudoso que se pueda decir lo mismo. Ciertamente, el Poder organiza la sociedad, establece límites y deberes con terrible coerción material ante todo, y no únicamente material. A diferencia de las ideologías religiosas, que pueden llegar a aunar a las gentes siendo «democráticas», esto es, sin originar divisiones jerárquicas entre ellas (como en el cristianismo primitivo, o en religiones politeístas), este no es el caso del Poder. El Poder establece jerarquías y sumisiones; por ejemplo, de las mujeres a los hombres —sumisión establecida por el lado ideológico del poder social—; o de los trabajadores al capital, etc. Aunque los fenómenos de poder parecen estar vinculados a sociedades complejas, y por tanto su existencia puede parecer *progresiva,* tiendo a pensar que la aceptación de la existencia de Poder —y ahora pareceré grandilocuente— ha de verse como un error evolutivo de la especie.

Se me puede decir: pero *esto es lo que hay*. Cierto. Aunque sigue resultándome muy difícil hallar *buenas* consecuencias de la existencia de relaciones de poder. Y las que pueden parecer buenas, como el *orden* (impuesto), se dan en contextos generales *malos,* como el de la desigualdad entre los hombres, por usar la expresión de ROUSSEAU. (Digo «buenas» y «malos» en vez de «positivas», etc., para no ocultar que se trata de juicios de valor, pertinentes al tratarse de cosas humanas).

Disculpa este larguísimo excurso y volvamos al derecho. Es un instrumento del poder, visto en general y en abstracto. Y en este sentido general y abstracto, pero solo en ese plano, diría que es claramente un mal. Ahora bien: el derecho del código de Hammurapi, el derecho romano y el derecho del capitalismo moderno son muy diferentes. El derecho asirio no contemplaba la posibilidad de que la población pudiera modular lo dictado por el titular del poder. El derecho del esclavismo romano servía sobre todo en las tierras conquistadas, y no era imprescindible —aunque sí conveniente— para la formación social romana. El derecho del capitalismo, el derecho moderno, es por una parte esencial para la mercantilización de todo y para la aparente apoliticidad de tal mercantilización, por una parte, pero al configurar a todos como propietarios (aunque sea solo propiedad «de las manos») abre la posibilidad de una lucha entre «propietarios» por la configuración del derecho, la posibilidad de lo que conocemos como «lucha por los derechos». En este contexto restringido que el derecho en cada caso concreto sea un «mal» o no, *depende.*

La analogía del saber jurídico con la medicina solo es acertada si se considera que tanto el buen técnico médico como el buen jurista técnico pueden hacer el mal. Creo que el derecho puede servir en ocasiones para aliviar una injusticia —aunque ningún derecho (con minúscula) está garantizado para siempre—, pero también puede servir para lo contrario —piensa en algunas normas de la UE—. Y, respondiendo a tu pregunta, también de la técnica jurídica diría que *depende*. Puede ser muy buena para hacer bien un mal. Como sabes, los juristas técnicos más ingeniosos del siglo XXI son los que se dedican a la ingeniería financiera, al blanqueo de dinero, a la evasión fiscal.

Es verdad que en mis textos mi manera de ver el derecho muestra fluctuaciones, como señalas, pues algunos de ellos son textos políticos, o sea, retóricos. Pero casi siempre me explico poco por no hablar o no venir a cuento hablar por extenso de la cuestión. En todo caso la ambivalencia del derecho que tú señalabas no se puede combatir, en mi opinión, con medios solo jurídicos ni principalmente ante los tribunales. Sostengo que en la «lucha por los derechos» hay que construir *contrapoderes sociales.*

M. A.: *Voy a hacerte una pregunta que a más de un lector le resultará extraña y que me va a servir además como preparación para la siguiente (ya verás cuál es). Ihering subtituló su célebre obra Bromas y veras en la Jurisprudencia con un dicho en latín:* «Ridendo dicere verum». *¿Has recurrido tú alguna vez al humor en alguna de tus obras aunque haya sido, como* IHERING *decía, «para dar más relieve a lo serio»? ¿Debería jugar algún papel el humor en el trabajo profesional de un filósofo del derecho? ¿Cuál?*

J.-R. C.: A veces nos tomamos demasiado en serio a nosotros mismos y el humor no está de más. En filosofía del derecho solo lo usé en un viejo artículo, «Los derechos un poco en broma», que firmé junto a José Antonio ESTÉVEZ y José Luis GORDILLO y que irritó a Peces Barba. En el campo de la reflexión política la ironía surge más naturalmente: así mis trabajos en la revista *mientras tanto* y en *Impolíticos jardines,* un libro que acabo de publicar. O en el título irónico de otro libro, *Grandes esperanzas*. Pero el humor no pasa de ser un recurso más, en mi opinión. Y hay otros; por ejemplo, Sciaccia, en *Porte aperte,* es capaz de desasosegarnos de veras, mediante un relato, en materia tan filosófico-jurídica como la justicia penal.

M. A.: *Aquí va la pregunta que te anunciaba. En Materiales para la crítica de la filosofía del Estado incluías un trabajo sobre* KELSEN *que acababas así : «Y si los juristas del siglo* XX *pueden ver más lejos que él es, como diría* BERNARDO DE CHARTRES*, porque están montados sobre sus hombros». Pues bien, yo creo que los juristas europeos (y latinoamericanos) hubiésemos conseguido ver más lejos aun si en lugar de sobre los «formalistas» hombros de* KELSEN *nos hubiésemos montado preferentemente sobre los «funcionalistas» de* IHERING *(que es lo que hicieron los estadounidenses:* HOLMES*, los realistas, etc.). Ambos (cuando hablo de* IHERING *me refiero al «segundo* IHERING*») son positivistas, pero su manera de entender el derecho es muy distinta (por no decir antagónica) y eso se echa de ver también en el estilo.* KELSEN *habrá tenido sin duda sentido del humor, pero no me parece que eso pueda apreciarse en ninguna de sus obras, al menos de teoría del derecho. Y* IHERING *recurrió también muy eficazmente al relato literario: su uso del Michael* KHOLHAAS *de von* KLEIST *en La lucha por el derecho es, yo creo, el principal precedente de lo que hoy se entiende por «Derecho y literatura». ¿Qué piensas de todo eso? ¿Qué opinión tienes hoy sobre* KELSEN*, sobre* IHERING *y sobre el positivismo jurídico?*

J.-R. C.: Déjame que te explique —citas un texto mío de 1973— por qué aprecié muchísimo a KELSEN: antes de KELSEN no estaba nada claro qué conceptos o qué términos habían de ser considerados los conceptos o términos básicos de la reflexión jurídica: estaban los «conceptos», los «intereses», los «derechos», las «instituciones», etc. KELSEN puso claridad y orden al recurrir al concepto de norma jurídica, concepto en torno al cual se puede discutir acerca de los intereses, los conceptos, las instituciones, etc., que hay tras las normas. KELSEN hizo un trabajo higienizante del que todo el mundo es deudor. Por otra parte inventó los tribunales constitucionales, añadiendo una nueva instancia jurídica, un parachoques más, para evitar el recurso a la fuerza, y abogó como ningún otro jurista por lo que fueron luego las Naciones Unidas.

Paradójicamente, alguien como IHERING, consciente como ninguno de ser el jurista de un sistema burgués («hay cosas —escribía— de las que no hay que hablar»), me ayudó mucho a precisar mi propia posición ante el derecho. He encontrado material interesante en gentes como POUND o DWORKIN, si quieres, pero también en kelsenianos como BOBBIO y FERRAJOLI, en continuadores de IHERING como HECK, y en autores de otro tipo, como MOMMSEN. En realidad las escuelas importan poco, o, como diría Pasolini, «la verdad no está en un sueño, sino en muchos sueños» [...]. En muchas escuelas. Para un jurista práctico o para filosofar sobre el derecho lo que importa es saber ver con plenitud, concretamente, el problema que se tiene ante los ojos. De paso, aprovecho para señalar que los juristas «positivos», que desprecian el filosofar sobre el derecho creyendo que son ellos quienes hacen «ciencia», pueden ser cegados por ese positivismo, no saber ver lo que el filosofar jurídico-político esclarece; que el filosofar permite poner en cuestión y precisar su «ciencia» *positiva*, sus saberes.

M. A.: *En 1985 publicaste una colección de ensayos de filosofía política con el título de* Entre sueños*. Yo escribí un comentario a ese libro en el que caracterizaba tu pensamiento político a partir de tres rasgos: la ubicación dentro de la tradición marxista, si bien te separabas de* MARX *—o del marxismo— en diversos aspectos teóricos relevantes (como la necesidad de reivindicar el papel de la sobreestructura o de negar la posibilidad de un crecimiento ilimitado de las fuerzas productivas); la crítica radical al sistema político representativo (el mecanismo de la representación política te parecía incompatible con*

la democracia «real» y con el socialismo, etc.); y la conciencia de estar inmersos en una crisis civilizatoria (amenaza ecológica y nuclear, antagonismo entre progreso tecnológico y progreso social, «fascistización silenciosa») [...]. Y llegaba a la conclusión de que tu planteamiento (con el que discrepaba básicamente en cuestiones de énfasis) llevaba a una situación de cierta perplejidad: ninguna de las opciones políticas existentes o que se dibujaban como posibles en el horizonte próximo parecían aceptables pero, al mismo tiempo, tampoco parecía aceptable no tomar opción, no participar en la praxis social. ¿Estás de acuerdo con el diagnóstico? ¿Valdría para la situación actual? ¿Ha cambiado mucho tu pensamiento político treinta años después?

J.-R. C.: Tendría que precisar yo un poco más el segundo punto de tu caracterización, la cuestión de lo que llamas la crítica radical al sistema político representativo. La substancia de eso está en la consideración de que los sistemas políticos incoativamente democráticos actuales (sean los representativos o los presidencialistas) son excesivamente porosos —están excesivamente abiertos— a la influencia de lo que se suele llamar poderes de hecho; eso desnaturaliza casi por completo su aspecto democrático, lo cual, al menos *para los de abajo,* casi queda limitado a unos derechos siempre recortables. De ahí mi insistencia en que la democratización política debe ser vista primariamente como distribución del poder entre el pueblo y solo secundariamente, satisfecha esta condición, como conjunto de procedimientos.

Esta tesis se podría ver como parte de la lucha de clases en el plano de la teorización política, o, dicho con otras palabras, la primacía concedida por otros a los procedimientos en la definición de lo democrático me parece también una tesis política de la lucha de clases en el ámbito de la reflexión social. Como puedes ver, marxismo puro y duro. Por otra parte, creo que ha caído en saco roto mi defensa de una autocontención de la democracia —digo democracia por abreviar— en materias que puedan significar reducción de la capacidad de decidir de las generaciones futuras: una autolimitación «ecológica» que hoy solo puedo concebir como de carácter moral.

Tienes toda la razón en lo de la perplejidad. La opción política de cada uno tiene que ser precisada en cada momento mediante un debate en conciencia, por decirlo así. Por lo demás, creo que en su día respondí a tu crítica con excesiva aspereza, que me reprochó verbalmente don Felipe González Vicén. Ten en cuenta que siempre cuesta mucho y crea mucha inseguridad en uno separarse de las tesis recibidas, sobre todo si se pretende ser responsable, lo que hace tu piel excesivamente sensible.

M. A.: *Permíteme entonces que vuelva a plantearte el tema de la democracia, pero con el fin únicamente de entender mejor cuál es tu posición: se trata de una entrevista. En un artículo que acabas de publicar en* «Mientras Tanto» *y titulado «Cambiar el país» hablas de la necesidad de lograr una verdadera democracia, y con ello pareces referirte a dos cosas: una es de procedimiento (cambiar las normas electorales) y otra de contenido (igualdad en sentido material, distribución igualitaria del poder). Y lo que quiero plantearte es si a lo anterior no habría que añadir también algo, alguna tesis, sobre la manera de conectar procedimiento y contenido. ¿Qué significa dar «primacía» a los contenidos sobre el procedimiento? Me explico. Es fácil estar de acuerdo en que dar un peso muy desigual al voto de cada uno de los ciudadanos, en el contexto de un Estado, es un déficit democrático. Y también en que existe un enorme vacío de democracia en el contexto del mundo globalizado. En lo que consideras como tu principal aportación a la filosofía jurí-*

dico-política, Fruta prohibida (1997; 5.ª ed. 2008), lo has puesto de manifiesto con total claridad y mucho antes (al menos, para mí) de que se convirtiera en una tesis de amplia aceptación: el nuevo soberano superestatal difuso actúa de una manera inequívocamente antidemocrática, de tal manera que las decisiones que más afectan a nuestras vidas se toman sin contar prácticamente para nada con la voluntad de los afectados. ¿Pero qué pasa cuando la gente, una mayoría, toma decisiones, expresa voluntades, que van en contra de los intereses generales (de los contenidos que indicabas), bien porque no es capaz de percibir cuáles son esos intereses, o bien porque no desea hacerlo: no quiere esos contenidos? Sabemos que eso no es para nada imposible, y tú mismo has contribuido a explicar cuáles son los mecanismos, la ideología, que contribuye a ello. ¿Cómo entender en tales casos la primacía de los contenidos sobre lo procedimental? ¿Cómo habría que entender, en definitiva, la democracia?

J.-R. C.: El artículo digamos periodístico que mencionas es un listado de ilusiones más que otra cosa, pero creo que responde a lo que mucha gente quiere. Ahora bien: tienes razón al señalar que entre lo substancial (distribución del poder) de la democratización —que entiendo, repito, sobre todo como un proceso que no está claro si proseguirá o si ha entrado en regresión, y en qué aspectos— y los procedimientos falta una conexión. Efectivamente: lo que falta es el plano institucional: hay que *cambiar* las instituciones, renovarlas, para que sea posible suscitar el impulso del demos y las instancias públicas acogerlo. Lo que a veces no se entiende de mi posición creo que consiste en lo siguiente: yo me decanto por una propuesta de verdadera *alteridad* respecto de las instituciones de este capitalismo tardío y paroxístico. Sólo con un cambio profundo de los pesos sociales se puede dar una ulterior democratización política material, con nueva distribución del poder, y con instituciones *que inventar.* Y a veces hablo pensando en las instituciones que inventar. Pero eso no quiere decir que desprecie las instituciones existentes ahora por muy deficientes que sean. El parlamento es fundamental para el sistema representativo. Modificarlo también: si no se hace mandan, como dices, los poderes fácticos y el soberano difuso, y la voluntad popular se queda fuera, es vaciada.

Dicho aún de otra manera: entiendo que sin avances siquiera parciales en la dirección del socialismo la democracia se podrá convertir en una cáscara vacía compuesta no de calcio sino de procedimientos.

En cuanto a qué hacer cuando vienen mal dadas, que es en definitiva lo que preguntas al final, mi respuesta es *movilizarse, activarse* para defender el proceso de democratización, los derechos de la gente. La hipótesis de mayorías poblacionales protofascistas, de todos modos, no me parece razonable a corto plazo a pesar de que las consecuencias de esta crisis económica profunda y de la crisis política del terrorismo susciten reacciones enconadas, poco fraternales. Por lo demás, *nadie* tiene el monopolio de la definición de lo que son intereses generales: eso es siempre objeto de pugna.

M. A.: *Por supuesto que nadie tiene ese monopolio. Pero eso no significa, creo yo, que no tenga sentido pretender que las afirmaciones que uno hace sobre cuáles son y cuáles no son intereses generales, auténticas necesidades humanas, etc. tengan la pretensión de ser correctas. O sea, no creo que se trate simplemente de preferencias, individuales o colectivas. Y con eso hemos llegado (inevitablemente) al tema sobre el que hemos discutido más de una vez: el del objetivismo moral. Yo no entiendo muy bien cómo alguien como tú,*

comprometido con cambiar el mundo, el modelo de sociedad, sea un escéptico en materia moral. ¿O no es exactamente esa tu postura al respecto?

J.-R. C.: ¿Escéptico? ¡Ni mucho menos! Sería un escéptico quien dijera que se puede actuar sin principios, y ese no es mi caso. Veamos. Yo no creo, como tú, que se pueda encontrar un asidero firme, una roca en que basar nuestras convicciones morales: no soy un objetivista moral. Sobre objetivismo y relativismo moral se han escrito demasiadas cosas... académicas. Discutir sobre eso se parece bastante a discutir sobre la existencia de Dios. Me limitaré a explicitar todo lo posible mi posición, más con ánimo de exponerla que de convencerte. (Yo no soy partidario de las hipótesis innecesarias).

Creo que la moral brota de la necesidad humana de formar proyectos individuales y colectivos. El «se debe» no se infiere de axioma inamovible alguno, sino que se inventa y *se proyecta,* individual o colectivamente, a partir de situaciones históricas. Y puede estar más o menos razonablemente argumentado. Cuando, alrededor de los 20 años, me encontré con la afirmación de Iván en *Los hermanos Karamázov,* según la cual «Si Dios no existe todo está permitido», tuve que enfrentarme no ya científicamente sino *existencialmente* con el problema de la moral, porque no creía ni creo que existiera Dios y sin embargo tampoco creía que pudiera permitírmelo todo. ¿Y por qué no? Porque eso depende del tipo de persona que uno proyecta ser, del tipo de mundo en que uno desea vivir. No podía estar de acuerdo con Iván KARAMÁZOV. Y, para mí, resolver ese problema de fundamentación era una urgencia muy viva, porque quería permitirme ciertos comportamientos que la sociedad de aquel tiempo prohibía, y al mismo tiempo me exigía a mí mismo un *compromiso* (político-social) que casi nadie se exigía. Tenía que saber en qué me basaba para tomar decisiones, pues sin explicármelas podía convertirme en eso que llamamos un pingo almidonado. Finalmente comprendí que mis códigos me los ponía yo, y que los códigos sociales, diferentes de los existentes, también los pondría yo junto con otros.

Dicho de pasada, esta manera de ver me permitió entender que la noción católica de pecado es burdamente eclesiástica, inmoral, diría, pues mediante la obligación de *confesar los pecados* se hace creer a los niños *que han pecado.* Sin embargo, los niños que se confiesan tendrían que hacerse una enorme violencia a sí mismos para hacer realmente el mal, o —dicho menos «objetivamente», ya que estoy hablando de *niños que se confiesan*— para dañar real e intencionadamente a otra persona.

Cuestión distinta es que uno puede equivocarse en la calibración de la situación en que ha de obrar, y actuar estúpidamente desde el propio punto de vista moral, hacer daño cuando no quieres hacerlo. Por ello creo que los temas morales importantes de nuestro tiempo no son de fundamentación, sino situacionales: derivados de que actuamos consociadamente y lo hacemos además por medio de artefactos complejos: no siempre a sabiendas, en una palabra. He tratado este tema en *Los ciudadanos siervos* al hablar de lo laberíntico del obrar humano, que obstruye o dificulta a las personas la calibración moral de sus comportamientos. Entre la acción individual y sus resultados se interponen artefactos y constructores de artefactos, y otros agentes, por lo que en ocasiones no es sencillo seguir el hilo de la responsabilidad personal.

M. A.: *¿Podrías explicar un poco más qué es lo que quieres decir con que «los temas morales fundamentales de nuestro tiempo no son de fundamentación, sino situaciona-*

les»? El ejemplo que pones muestra la indudable importancia que tiene contar con el conocimiento social, hablando en general, para abordar las cuestiones de filosofía moral, pero me parece que hay también, si me permites hablar así, un peligro de «reduccionismo»: el que alguien conozca mejor todos los entresijos de la acción humana no es un índice, me parece, de que vaya a actuar éticamente mejor, sobre todo si piensa que la fundamentación de sus juicios morales no es algo que pueda someterse a ningún escrutinio «objetivo». Lo que dices me recuerda, por otro lado, a un famoso pasaje del Bobbio de los años 60 en el que decía que el problema de los derechos humanos (una vez aprobada la Declaración de la ONU y los pactos internacionales sucesivos) no era ya de fundamentación, sino, para simplificar, de «técnica» política y jurídica: cómo hacer para asegurar que los derechos humanos fuesen efectivos. Y me recuerda también a algún pasaje de MARX *(no del* MARX *de La cuestión judía), en el que este atribuye a los derechos humanos un valor político, instrumental, pero no propiamente moral. ¿Pero es eso lo que quieres decir? ¿Estarías de acuerdo, por ejemplo, en el que es preciso revisar a fondo, como tú has hecho, ciertas tesis «clásicas» del marxismo (el esquema base-sobreestructura o la noción de clase social), pero no las de carácter moral; y me refiero a las de teoría moral, no al mensaje moral de* MARX *(si no recuerdo mal, en* Los ciudadanos siervos *tú escribiste que ese era el sentido fundamental de su obra)? ¿Y cómo explicas, por cierto, el enorme desarrollo que la filosofía moral ha tenido en las últimas décadas? ¿Se debe solo a factores ideológicos?*

J.-R. C.: Problemas situacionales: se debe o no se debe experimentar con humanos en ingeniería genética: ¿quién está autorizado a decidir? La corrección de las decisiones de la industria biomédica, ¿quién las avala moralmente? ¿A quién habrá que atribuir la responsabilidad por eventuales errores? ¿Es absurdo preguntarse si es moral conducir un automóvil con motor Diesel? Tu «enorme desarrollo de la filosofía moral» —en realidad cátedras y más cátedras académicas necesariamente productoras de *teoría* o de *doctrina*— no parece haber ayudado mucho a resolver estas cuestiones, aunque tal vez sí a volvernos a todos más cautos. Los llamados comités de ética, en cambio, me parece que empiezan a abordarlas. Personalmente preferiría que en esos comités hubiera no solo «expertos» en ética sino también personas conocedoras de las miserias de los seres humanos, personas altruistas, bondadosas, santas.

El escrutinio de la moralidad de la actuación de cualquier ser humano corresponde a sus pares. Y este escrutinio, en realidad, puede mostrar divisiones en sus conclusiones: p. ej. sobre la decisión de Truman de bombardear Hiroshima y Nagasaki con bombas atómicas, o la de Churchill de bombardeos de saturación sobre ciudades alemanas como Dresde, Hamburgo, Colonia y otras muchas más. La humanidad es así.

Obviaré la discusión sobre MARX (¿empleó alguna vez la expresión «derechos humanos»?) porque me parece que no compartimos los sobreentendidos (para que la discusión tuviera sentido tendríamos que hablar sobre esto un buen rato de viva voz y textos en mano) y porque no todo lo que dijo MARX —hace siglo y pico— va a misa ni mucho menos. Pero sí diré lo obvio sobre la Declaración de Derechos de las Naciones Unidas. Los derechos humanos se parecen a partir de ella en algo universalmente compartido, *por convención*. Pero la convención se detiene aquí, y algunos de los estados signatarios mantienen legislaciones que violan sistemáticamente los derechos humanos sin que ninguno de sus pares se inmute. Y la mayoría de ellos, aunque no sistemáticamente, lo hace también. ¿No sería pues conveniente dirigir la investigación

sobre estas cuestiones que he llamado, no sé si con fortuna, *situacionales*? ¿No hemos visto esfumarse en los últimos años derechos que creíamos afianzados? ¿No aparecen prácticas políticas —asesinatos selectivos con drones, prisiones como Abu Ghraib o Guantánamo por ejemplo— que repugnan no solo al derecho sino a la consciencia moral que nos habíamos formado a partir de los crímenes nazis y de la segunda guerra mundial? El filosofar sobre el derecho, creo yo, está para esto.

M. A.: *Pasemos a otra cosa, a la cuestión de la enseñanza (o el aprendizaje) del derecho que, bien puede decirse, ha estado desde siempre en el centro de tus preocupaciones. En 1995 escribiste un libro,* El aprendizaje del aprendizaje*, de indudable éxito, puesto que ha tenido una 5.ª edición en 2009. Voy a hacerte una serie de preguntas más o menos concretas sobre el asunto, pero que me gustaría cerraras —si te parece— con una especie de conclusión general sobre cómo ves hoy las cosas. Lo de «aprender a aprender» se ha vuelto una muletilla de la llamada «nueva pedagogía», pero no creo que tú vayas por ahí: ¿qué piensas, en consecuencia, de esta moda pedagógica? ¿Y cómo se explica su éxito? En un capítulo del libro mencionado hablas de la existencia de muchas clases de profesores (en la Universidad española): ¿qué tipo de profesor has sido tú? Y, dejando a un lado el lógico pudor que puedas sentir al contestar a lo que sigue: la posibilidad de encontrarse con un verdadero maestro es —como tú mismo has escrito— excepcional, ¿pero te sorprendería saber que alguien (o algunos) te consideran así? ¿O ya no tiene sentido hablar de «maestros»? Al comienzo de la entrevista mencioné una frase tuya en la que, refiriéndote a tiempos pasados, aludías a la universidad española «en la que todavía se podía aprender algo»: ¿Ya no? ¿Es el llamado «plan Bolonia» lo que lo ha hecho imposible? Dices estar completamente en contra de que haya una asignatura con el título de «Teoría del Derecho», pero ¿cómo la llamarías tú? Al final de El aprendizaje del aprendizaje (la edición que tengo a mano es la primera) escribes esto: «Una república bien organizada podría cerrar las Facultades de Derecho durante años, si no para siempre, sin grave daño social». ¿Crees que se podría decir lo mismo (descontado el propósito provocador) en relación con otras Facultades de Humanidades y de Ciencias Sociales, o hay algo peculiar en el aprendizaje del Derecho, y en el Derecho, que te llevó a escribir esa frase?*

J.-R. C.: Una auténtica ducha de preguntas; intentaré responderlas aunque sea someramente.

Opino de la «nueva pedagogía» que lo mejor sería [...] cerrar las Facultades de Pedagogía y volver a abrir humildes Escuelas de Magisterio. En las Facultades de Pedagogía se han inventado los instrumentos del desastre actual y se ha elaborado su ideología. Luego hablaremos de la universidad. La moda de «aprender a aprender» entra en el apartado de los «libros de autoayuda», que siempre me han parecido una cochambre, como para lisiados del espíritu (o quizá habría que decir, más respetuosamente, para autodidactas). En mi propio librito contaba en realidad mi propia experiencia del aprendizaje: que es lento, que desasnarse cuesta, que los dogmas absurdos están por todas partes, etc.; mi *El aprendizaje...* no era, desde luego, un libro de autoayuda, sino una introducción al trabajo universitario.

He tratado de ser un buen profesor, y, por lo que me dicen algunos antiguos estudiantes que me soportaron, creo que, a mi manera, lo he conseguido. Por no olvidar nada: los maestros no se hacen a sí mismos: los hacen las personas que los consideran tales [...] y todos conocemos a falsos maestros. Pero, sinceramente, no puedo contestar

a estas preguntas tuyas sino diciéndote que tengo una opinión escindida, esquizofrénica, sobre mí mismo: por un lado me considero como te he dicho un buen profesor, pero por otro también me veo como un farsante, como un simulador. ¿Por qué? Quizá sea algo psicológico, análogo a lo que confesaba experimentar Sviatoslav Richter, el pianista. Y si me pregunto cuál de mis dos fantasmas tiene más razón de ser, mi propia voz endemoniada me dice: *los dos.*

A la pregunta sobre «Teoría del Derecho» *respondeo dicendum:* preferiría denominaciones como «Conceptos jurídicos fundamentales», «Fundamentos del derecho», «Introducción al derecho» etc., que no transmutaran en *teórico* lo que no pasa de *doctrinal.* Lo que me parece impropio aquí es la palabra «Teoría», a la que por consciencia analítica respeto mucho. Y la *boutade* del cierre temporal de las facultades de derecho, por su parte, se debía a saber que en Barcelona hay más del doble de abogados que en París y en cambio mucho menos tráfico jurídico.

Sobre Bolonia me extenderé un poco más. Pero he de remontarme: Rudolf BAHRO acuñó el concepto de «consciencia excedente» para caracterizar un rasgo de la formación educativa y cultural alcanzada en las últimas décadas del siglo XX, y veía en esa *excedencia de consciencia* la posibilidad de que las personas comprendieran mejor los mecanismos sociales y tuvieran capacidad para rebelarse y construir formas de socialismo renovadas. Luego vinieron la nueva revolución industrial, la globalización y la contrarrevolución neoliberal. De ahí que la lucha de clases tendiera a extenderse a la *consciencia excedente.* El empresariado ha buscado y en parte ha conseguido ya cerrar el grifo de la formación de consciencia excedente mediante reformas en la educación. Las universidades son las instituciones sobre las que se ha proyectado principalmente el ataque del empresariado a la formación de las personas. Hay un «canal» educativo de calidad reservado a las élites burguesas adineradas (privado, con estancias en el extranjero, etc.), y por otra parte unos centros universitarios «reformados» para el grueso de la población, concebidos para la *no producción* de consciencia excedente. Eso se logra encareciendo las enseñanzas, recortándolas y fragmentándolas en ciclos, entrometiéndose burocrática y pseudopedagógicamente en el aprendizaje, jibarizando becas, acrecentando la carga docente del profesorado, creando para este líneas y métodos de evaluación puramente cuantitativos (que no tienen ni pueden tener en cuenta el valor real de su investigación ni de su docencia) que fomentan el engaño y el fraude del sector trepador y sin consciencia de servicio público del profesorado, desmoralizan a los demás profesores y enturbian mucho la promoción profesional: las jerarquías basadas en la capacidad se desmoronan. Las reformas «de Bolonia» han ido *todas* en esta dirección. Ciertos centros universitarios se convierten en aparcamientos caros de fuerza de trabajo medianamente cualificada, que se cree cualificada y no lo es. Con estas reformas educativas hay que hacer lo mismo que con las reformas del mercado de trabajo: echarlas abajo, derribarlas, exigir responsabilidades.

M. A.: *En el texto que publicamos en este número de* Doxa*, «Autocríticas», te «arrepientes», si me permites emplear esa palabra, de no haber impulsado «un análisis detallado de las funciones de los cambios del derecho en las metamorfosis del capitalismo». Uno pensaría que ese fue el proyecto, en los años 20 y 30 del siglo pasado, de un importante jurista socialdemócrata (al parecer, políticamente muy moderado),* KARL RENNER*, el que dio lugar a su obra «Las instituciones del Derecho privado y su función social». Por lo*

que yo sé, tu interés por los juristas de inspiración marxista se concentró en los soviéticos (Pashukanis, etc.), pero no en gente como RENNER. *¿Quizás por razones ideológicas? ¿Piensas que fue un error, o sea, que hubiese sido mejor (en los años 60 o 70) haberse ocupado de autores como* RENNER *(en lugar de los soviéticos) y encontrar ahí inspiración para el análisis iusfilosófico? ¿Hay alguna enseñanza —alguna autocrítica— que extraer de ahí? Aunque parezca una boutade: ¿por qué quienes pretenden ser críticos, no siempre consiguen serlo? ¿Cuál crees que es el principal obstáculo epistemológico o ideológico al que se enfrenta hoy un intelectual de izquierdas?*

J.-R. C.: Leí a RENNER y me pareció muy flojo; no pasaba de argumentar la necesidad de las expropiaciones forzosas con indemnización por causa social, no iba más lejos. De RENNER se ocupó Ángel LATORRE. Por lo demás, no creas que los juristas soviéticos me interesaron gran cosa: no me suministraron nada. Traté de darlos a conocer en los sesenta, pero en seguida busqué inspiración en gentes como DELLA VOLPE, teorizador del comunismo democrático, U. CERRONI, P. BARCELLONA y otros en los 70. Más tarde mis «autores de cabecera» fueron el Pasolini ensayista, CASTORIADIS como filósofo político, BOURDIEU como sociólogo, L. CANFORA como historiador político.

¿Autocrítica? Todo el mundo se desborrica tarde. Dejar atrás el capitalismo va a exigir muchas generaciones, y no se logrará de golpe, como no se dejó atrás de golpe el feudalismo. Eso resulta menos entusiasmante que creer en tomar el cielo por asalto, y además deja mucho espacio para el cinismo supuestamente *desengañado*. Pero ya GRAMSCI sabía que las cosas no iban por ahí, por el asalto revolucionario. No creo que te descubra nada si te hablo de mi admiración crítica por GRAMSCI.

¿El principal obstáculo ideológico de un intelectual de izquierdas? Veo principalmente dos: uno, atenerse solo a lo pequeño, dominable (por ejemplo, eso de analizar los cambios del capitalismo, propiedad y control, la lex mercatoria, los nuevos *lobbys,* la función de los bufetes de ingeniería jurídica, la responsabilidad por daños...), lo cual es en sí mismo correcto, pero perder de vista lo grande, desconectar de los grandes problemas, como si su «vetustez» los hiciera cosa del pasado —cuando en cambio esos problemas persisten y aparecen otros nuevos—. El segundo obstáculo: que la ideología propia modele la percepción de la realidad y de ese modo, como toda ideología, vele los ojos al conocimiento verdadero.

El que esté libre de ideología que tire la primera piedra.

M. A.: *Eres autor de un número considerable de obras de diversa temática; la mayor parte de tu producción se ubica, obviamente, en el campo de la filosofía jurídica y social, pero has cultivado también la biografía, la autobiografía, la crítica cultural o la literatura pura y simple. Tu último libro, que acaba de aparecer en Trotta, se titula* Impolíticos jardines. Ensayos sobre política y cultura, *pero contiene un último apartado, de casi cincuenta páginas, «Jardín de infancia o la destrucción de la inocencia», que podría haber sido publicado como una obrita literaria (y quizás lo haya sido, pues la editorial lo incluye —todo el libro— en una colección que lleva el poético nombre de «La dicha de enmudecer»). Tengo curiosidad por saber a qué se debe ese grandísimo interés tuyo por la infancia; creo que alguna vez te comenté que los recuerdos de niñez y de mocedad de* Sin Ítaca *es lo que más me había gustado del libro; y algo parecido me ha ocurrido ahora con este último. En él señalas que recordar la infancia es una forma de «devolverle al lector o a la lectora la certeza*

de que alguna vez ha sido inocente (y tal vez, tal vez, para despertar la envidia de volver a serlo)». Pero a mí me parece que, además de eso, hay un propósito de tipo político o político-moral: Mostrar que una persona «progre» o «muy progre» puede haber tenido una infancia plenamente feliz. Que la asunción de una posición política que trata de cambiar radicalmente las cosas no tiene que ver con el desclasamiento, la envidia, el revanchismo o con experiencia personales de explotación. Que, de forma más o menos natural, en condiciones «normales» de socialización, uno, un niño, se construye una personalidad moral; salvo casos como el chico que no estuvo dispuesto a devolverte, sin recibir algo a cambio, el anillo que habías perdido: pero tú mismo sugieres que alguien debía de haberle enseñado a ser malo. Bueno, ¿te parece que es una hipótesis interpretativa disparatada? Me viene ahora a la memoria algo de lo que FREUD *dice en* El malestar en la cultura *(una de las lecturas que tú recomiendas en* El aprendizaje del aprendizaje*): que el socialismo como forma de organización social es imposible por cómo es nuestra constitución psicológica (o biológica). ¿Eres entonces, a diferencia —entre muchos otros— de* FREUD*, un optimista antropológico? O, en términos marxianos: ¿Son las condiciones objetivas de vida, el modo de producción, las causas fundamentales de la maldad en este mundo?*

J.-R. C.: Has interpretado muy bien mis intenciones en «Jardín de infancia», al menos las extralúdicas. Creo que, efectivamente (aunque luego me extenderé más sobre eso), asumir una posición política contra la explotación tiene ante todo un componente moral ineliminable.

Pero vayamos al fondo de la cuestión que planteas. Hoy no podemos ignorar que somos una especie con una inusitada capacidad de violencia intraespecífica. Los millones y millones de muertos en las guerras de los últimos cien años son abrumadores. Igual que las armas acumuladas. Quizá los peces tilapia (las madres devoran a los hijos) sean cuantitativamente peores; nosotros nos parecemos más a la mantis religiosa o a las abejas (que matan a todos los zánganos una vez fecundada la abeja reina); sin embargo nuestros homicidios no están determinados genéticamente. Por otra parte una visita al Museo de la Inquisición de Santillana del Mar muestra que el repugnante refinamiento y alambicamiento en la tortura y el castigo concebidos por los intelectuales del Santo Oficio y sus sicarios no conocía más límite que prolongar los indescriptibles sufrimientos de sus víctimas. Esos dos datos, el cuantitativo y el cualitativo, inducirían al pesimismo antropológico absoluto. Sin embargo, quien haya dedicado algún tiempo al estudio de las comunidades y sociedades primitivas sabe que en muchas de ellas el impulso a la agresión intraespecífica no existe, y que funcionan en cambio vínculos societarios fortísimos. Eso (y la música de Bach, y cosas como esta) me impiden ser un pesimista antropológico *absoluto*. Tiendo a creer —por lo que he estudiado— que la agresión intraespecífica se produce en sociedades complejas con tensiones internas muy serias e ineliminables (más bien como MARX). El capitalismo tardío y paroxístico contemporáneo es en este sentido la peor de todas ellas, sin duda. Constituye una socialización objetiva intensísima de la producción y la reproducción social, pero al mismo tiempo produce, agudamente, individualidades insolidarias e insensibles, dispuestas a todo para maximizar su provecho exclusivo y excluyente. Es una civilización insostenible, insoportable, indigna.

¿Es posible *pasar* a una sociedad postcapitalista, o a intercambios mercantiles *bien temperados* por instituciones nuevas? Hay algunos elementos que permiten augurar

esta posibilidad. De una parte hoy, insolidarios aparte, son muchas las personas de todos los estratos, clases sociales y géneros que viven horrorizadas por el capitalismo paroxístico contemporáneo. Saben que eso no está hecho a la medida de los seres humanos. Y, por otra parte, el componente moral que es necesario para el *compromiso* anticapitalista hoy no es, como en el pasado, algo casi exclusivo de las gentes trabajadoras que sufren muy directamente la explotación, sino que cada vez escasea menos la gente capaz de vivir una subjetividad solidaria: la suscita la propia iniquidad del sistema, su irracionalidad, sus crisis, la imprevisible dirección de sus andanzas. Creo que comienza a existir un movimiento anticapitalista verdadero en las sociedades avanzadas y no tan avanzadas; un movimiento, digamos, «verosocialista», sin el lastre de los dogmas del pasado, que no sacrificará los medios al fin, que no se obnubilará con el fin.

No sé qué imagen se hizo Freud del socialismo, pero estoy seguro de que el postcapitalismo se alcanza eliminando desigualdades. Una tras otra. Sin parar. Probablemente de un modo distinto al que los revolucionarios del XIX y del XX creyeron tener al alcance de la mano.

M. A.: *¿Y qué papel puede jugar en ello la Constitución, una determinada Constitución política? En el año 2003 editaste un libro, Las sombras del sistema constitucional español (también en Trotta) que incluía, además de contribuciones de otros autores a los que considerabas ideológicamente afines, un trabajo tuyo, «La Constitución tácita». En él ponías de manifiesto los límites (más o menos ocultos) de la Constitución del 78, que concretabas fundamentalmente en las imposiciones (al «poder constituyente») establecidas por los poderes militar, religioso y económico. Y de ello había resultado en tu opinión (lo escribes 25 años después de aprobada la Constitución) un Estado democrático con muchas insuficiencias y necesitado de una reforma en profundidad. Eso te llevaba a plantear (también en este caso con mucha anticipación a lo que luego se ha convertido casi en un lugar común) la necesidad de un cambio a fondo de la Constitución. Ahora bien, ¿cuál es tu teoría de la Constitución? Quiero decir: ¿Qué contenidos básicos debería tener una Constitución, pero teniendo en cuenta que el «debería» no puede referirse, creo yo, a un deber ser puramente ideal, sino a un deber ser realizable? ¿Cómo tendría que ser una Constitución para el postcapitalismo? Si la noción de demos que utilizas varias veces en ese libro no es una pura idealidad, sino que contiene un componente descriptivo de lo que la gente (y no alguna gente, sino la mayoría de la gente) piensa o puede llegar a pensar y a aceptar, ¿de qué manera concretarías los cambios que habría que introducir en una Constitución como la española para aproximarla (o aproximar al país) al postcapitalismo? O, expuesto quizás de otra manera. En la Presentación al libro haces referencia a que una praxis política distinta (a la entonces existente o dominante) precisaba análisis, imaginación y prudencia. ¿Pero qué tenemos que entender por prudencia? ¿Qué sería hoy lo prudente —en términos constitucionales— para avanzar hacia un nuevo sistema social? ¿Y cómo se articula la prudencia con el análisis y con la imaginación?*

J.-R. C.: Entiendo que se trata de varias cuestiones distintas.

Primera, contenidos básicos de una Constitución. Creo que lo esencial es un catálogo de derechos doblado de un catálogo de los deberes institucionales para mantenerlos, incluyendo también un sistema de exigencia de responsabilidades personales, además de las políticas, por incumplimiento. Reconozco que esto último suena a utó-

pico, pero me parece deseable para que los derechos de las gentes no se diluyan en el aire como ahora.

Segunda: Constitución para el postcapitalismo. No tengo ni idea, eso se irá determinando a medida que se avance en esa dirección. Creo, sin embargo, que habrá que dar forma constitucional a un *derecho desigual,* para eliminar las desigualdades, que pueda convertirse en cada caso en un *derecho socialista igual* cuando se deje atrás cada desigualdad concreta. El *derecho igual* capitalista, el mismo para todos porque la ley es la misma para todos, consagra la desigualdad. Y se trata de que, con consciencia de las desigualdades sociales principales y partiendo de ellas, se trate a las categorías pertinentes de modo desigual para que finalmente se acabe con cada una de las desigualdades. Eso no significa que algún día no haya desigualdad social ninguna: pueden surgir desigualdades sociales nuevas.

No sé si lo que sigue será un buen ejemplo, y lo temo, porque los ejemplos, como decía ZUBIRI, se vengan: podemos aproximarnos a la idea de un derecho desigual con el modesto ejemplo, naturalmente presocialista, de algunos derechos atribuidos solo a las mujeres para acabar con la desigualdad de género; así, los permisos laborales por maternidad trataban de paliar una desigualdad, y, sin embargo, cuando las mujeres han accedido generalizadamente al mercado de trabajo, tanto el padre como la madre, según les convenga, pueden obtener ahora esos permisos: se recupera la igualdad. Repito que el ejemplo me parece modesto y malo, pero tal vez apunte hacia algo que pudiera tener mayor entidad.

Tercera: cambios en la actual constitución española. Son varios e indispensables: replantear la jefatura del Estado o al menos su estatuto jurídico, introducir un régimen federal, eliminar la moción de censura *constructiva* para crear un régimen parlamentario *normal,* definir a las comunidades autónomas como circunscripciones electorales para paliar la actual inutilización de votos, abrogar la última reforma constitucional para no supeditar el gasto público al pago de la deuda, crear un poder judicial efectivamente independiente del gobierno y del parlamento, incluir un catálogo de deberes ecológicos constitucionales y el rechazo de la violencia armada —y no solo de la guerra— para dirimir conflictos, etc. Lo esencial es que las instituciones del estado no puedan hacer oídos sordos a las demandas sociales, que se abran los canales de participación política, que se ponga coto a la profesionalización en la política.

Cuarta: qué sería lo *prudente* hoy en términos constitucionales. En definitiva, la prudencia consiste en no hacer todo lo que se puede hacer. Es la virtud ecologista por excelencia.

Puedo formular una reflexión completando además la cuestión anterior: habría que introducir constitucionalmente el *derecho de libre determinación*: eso es prudente para evitar choques, institucionales y poblacionales, en primer lugar. Ahora bien: el derecho de libre determinación debería contar con una normativa estipulativa *prudente* para evitar decisiones que dividan a la población. Así, tal derecho tendría que ser reclamado por dos legislaturas autonómicas sucesivas, ser reversible, garantizar todos los derechos que los ciudadanos tienen, y ser aprobado por mayorías directas y muy cualificadas del *demos*, ya sea exigiendo un quorum electoral elevado o diferencias porcentuales de al menos 20 puntos para la alteración del *statu quo*. Eso sería un derecho

de libre determinación *prudente.* Hay cosas que es imprudente decidir por unos pocos votos más o menos, formando mayorías y minorías ajustadas (lo que mostraría a lo sumo inmadurez de los planteamientos o de las decisiones); hay que hacerlo por votos democráticos que expresen la voluntad de grandes mayorías poblacionales.

M. A.: *Te planteo ya la última pregunta (o el último grupo de preguntas) con que solemos cerrar este tipo de entrevistas en* «Doxa»: *¿Cómo ves el futuro de la filosofía del derecho? ¿Qué consejo le darías a un joven que desea iniciar una carrera (académica: no parece que haya otras alternativas) en este campo? ¿Cuál ha sido la mayor satisfacción y el mayor disgusto que has tenido en tu vida profesional? ¿Merece la pena una vida consagrada a la reflexión en torno al derecho y a la política?*

J.-R. C.: El mayor disgusto en mi vida profesional ha sido contemplar el creciente empobrecimiento de la formación de los estudiantes al llegar a la universidad. Para un profesor que prefería enseñar en primer año como yo, para abrir ventanas intelectuales sobre diversos paisajes problemáticos, esta tarea se iba miniaturizando más y más debido a las infinitas concesiones que resultaban necesarias ante las manifiestas insuficiencias en lectura, en historia, en escritura, etc., de los alumnos. Eso, junto con la introducción de las reformas de Bolonia, fue decisivo para tomar la decisión de una jubilación anticipada. La mayor satisfacción es haber creado un microscópico grupo de cuatro o cinco profesores de filosofía del derecho que van en serio, cada uno a su manera, y que además me tienen como amigo.

No es exacto, Manolo, que seguir la especialidad académica sea necesario para filosofar sobre el derecho. Ahí tienes el caso de José Luis MONEREO, un laboralista que debe ser contado entre los filósofos del derecho. Y también algunas aportaciones de administrativistas como Nieto o ENTERRÍA, etc. A quien haya pensado en cultivar el filosofar sobre el derecho le preguntaría si no sería más feliz dedicándose a la historia del arte o cosa similar. La nuestra no es una reflexión necesariamente grata. Lo único que le podría recomendar es que *vaya en serio,* a bregar con problemas verdaderos de la gente y no, como hacen tantos, a apuntarse puntitos burocráticos, cosa mezquina y despreciable. Por lo demás, entendiendo el campo como filosofía del derecho, moral y política, siempre encontrará terreno donde plantar. Especialmente en una época de grandes cambios como la nuestra.