D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

https://doxa.ua.es

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, DOAJ, ESCI, Google Scholar, IN-RECJ, ISOC, Latindex, MIAR, Periodical INDEX ONLINE, PIO y REDIB.*

«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.

Esta edición de *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* ha contado con una ayuda económica del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia del Conocimiento de la Universidad de Alicante.

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, 2019

Printed in Spain

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2019

ÍNDICE

Pág.

Concepciones del Derecho

Luigi Ferrajoli:
Lógica del Derecho, método axiomático y garantismo
The Logic of Law, the Axiomatic Method and Guarantism 15

Pilar Zambrano:
Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor
Legal Conventionalism and Intelligibility of the Law. The Use of Law as a Mirror to the Sources of Law in Andrei Marmor's Legal Theory 35

Anditya Soares de Moura Costa Matos:
Revolución, violencia y Derecho: Hans Kelsen y el surgimiento de la Constitución Federal Brasileña de 1934
Revolution, Violence and Law: Hans Kelsen and the Emergence of the Brazilian Federal Constitution of 1934 63

Josep Aguiló Regla:
En defensa del Estado constitucional de Derecho
In defense of the Constitutional Rule of Law 85

Problemas de la aplicación del Derecho

Rafael Hernández Marín:
Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial
On the Main Reasoning of a Judicial Judgment 103

Victoria Iturralde:
La igualdad en la aplicación de la ley: análisis de algunas objeciones iusfilosóficas
Equality Before Law: Analysis of Some Objections From Legal Philosophy 131

Pág.

Pedro A. Caminos:
Derecho y jurisdicción. Una respuesta política al problema del particularismo jurídico
Law and Jurisdiction. A Political Answer to the Challenge of Legal Particularism... 149

Juan José Iniesta:
Aplicación del Derecho cambiante
Applying Changing Law..... 165

Carmen Vázquez:
Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios
The legislative technique in the feminicide and its evidential problems..... 193

Artículos

Benjamín Rivaya:
Una biografía intelectual de Felipe González Vicén (1908-1991)
An intelectual biography of Felipe González Vicén (1908-1991)..... 223

Carolina Fernández Blanco:
Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas
Social norms and problems of efficacy and effectiveness of legal norms..... 259

Francesca Poggi:
Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho
The concept of gender violence and its legal relevance 285

Ricardo García Manrique:
Venta de órganos y desigualdad social
Organ sales and social inequality 309

Notas

José Calvo González:
«La Casa», metáfora edilicia constitucional. Variaciones literarias de diseño y crisis constructiva en Poe, Cortázar y Borges
«The House», Constitutional Building Metaphor. Literary Variations of Design and Constructive Crisis in Poe, Cortázar and Borges..... 335

María Jimena Sáenz:
Derecho y literatura: el proyecto de Martha Nussbaum
Law and Literature: the Project of Martha Nussbaum..... 361

Pág.

Javier Cigüela Sola:
Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo
Social Injustice and Criminal Law: on the political illegitimacy of punishment 389

Entrevista

Manuel Atienza:
Entrevista a Michel Troper
Interview to Michel Troper 415

CONCEPCIONES DEL DERECHO

LÓGICA DEL DERECHO, MÉTODO AXIOMÁTICO Y GARANTISMO*

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III
l.ferrajoli@uniroma3.it

RESUMEN. El autor del artículo aborda cuatro cuestiones de carácter general que fueron planteadas y discutidas en un debate sobre su libro *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. La primera concierne a la deuda que la teoría del derecho ha contraído con el pensamiento de Hans Kelsen, tanto en el plano metateórico como teórico. La segunda concierne al rol de las tesis de la lógica, ignorado por Kelsen y explicitado gracias a la axiomatización de la teoría del derecho, en la construcción de una teoría garantista del derecho capaz de dar cuenta de la doble dimensión, dinámica y estática, formal y sustancial, de los ordenamientos articulados en varios niveles normativos y, por ello, de la virtual presencia de antinomias y lagunas. La tercera cuestión concierne al rol, no menos decisivo, de la formalización y de la axiomatización del lenguaje teórico en el análisis de la estructura garantista de la democracia constitucional, y en la identificación y en la superación de las aporías que es posible destacar en la obra de Kelsen. Finalmente, la cuarta cuestión concierne al valor científico y pragmático del modelo kelseniano de la teoría del derecho como teoría pura o formal y al sentido de su actual declive, así como al estado actual y las futuras perspectivas de la ciencia jurídica.

Palabras clave: lógica del Derecho, democracia constitucional garantista, formalización, derechos, garantías, disciplinas jurídicas, jerarquía de las fuentes del Derecho, futuro de la teoría del Derecho.

The Logic of Law, the Axiomatic Method and Guarantism

ABSTRACT. The author of this paper addresses four general topics all raised and discussed in a debate on his book *The Logic of Law. Ten Aporias in the work of Hans Kelsen.* The first topic concerns how indebt theory of law is, both in its meta-theoretical and theoretical dimensions, with Hans Kelsen's thought. The second concerns the role of the thesis of logic —ignored by Kelsen and made explicit by the axiomatization of the theory of law— in the construction of a «guarantist» theory of law able to give an account of the double dimension, dynamic and static, formal and substantial, of legal orders articulated in several normative levels and, therefore, to give an account of the presence of potential antinomies and loopholes. The third issue concerns the no less decisive role of the formalization and axiomatization of the theoretical language in the analysis of the «guarantist» structure of constitutional democracy (guarantee constitutionalism), as well as in the identification and overcoming of those aporia in Kelsen's work. Finally, the fourth issue concerns the scientific and pragmatic value of Kelsen's model of legal theory as pure or formal theory and the sense of its current twilight, as well as both the sense of current state and future perspectives of legal science.

---

* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2018. Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2019.

Este texto es el ensayo introductorio al debate sostenido sobre mi libro *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen* (traducción castellana de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017), de próxima publicación en el volumen *Il «dover essere» del diritto*, al cuidado de P. di Lucia y de L. Passerini Glazel, Torino, Giappichelli, 2019. Traducción de Félix Morales Luna.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.01

Keywords: logic of law, guarantee-constitutional democracy, formalisation, rights, guarantees, formal validity, legal disciplines, hierachy of legal sources, future of theory of law.

PRELIMINAR

Afrontaré cuatro cuestiones de carácter general, todas planteadas y discutidas en un debate sobre mi libro *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. La primera, concierne a la deuda que la teoría del derecho ha contraído con el pensamiento de Hans KELSEN, tanto en el plano metateórico como teórico (§ 1). La segunda, concierne al rol de las tesis de la lógica, ignorado por KELSEN y explicitado gracias a la axiomatización de la teoría del derecho, en la construcción de una teoría garantista del derecho capaz de dar cuenta de la doble dimensión, dinámica y estática, formal y sustancial, de los ordenamientos articulados en varios niveles normativos y, por ello, de la virtual presencia de antinomias y lagunas (§ 2). La tercera cuestión concierne al rol, no menos decisivo, de la formalización y de la axiomatización del lenguaje teórico en el análisis de la estructura garantista de la democracia constitucional, y en la identificación y en la superación de las aporías que es posible destacar en la obra de KELSEN (§ 3). Finalmente, la cuarta cuestión concierne al valor científico y pragmático del modelo kelseniano de la teoría del Derecho como teoría pura o formal y al sentido de su actual declive, así como al estado actual y las futuras perspectivas de la ciencia jurídica (§ 4).

1. LAS RAZONES DE LA PERMANENTE ACTUALIDAD DE KELSEN

En relación con la primera cuestión, hay un posible equívoco que deseo disipar. A lo largo de todo mi trabajo, KELSEN ha sido para mí, de lejos, la referencia teórica más importante y a quien debo gran parte de mi formación. Lorenzo PASSERINI, Mauro BARBERIS y Fabrizio MASTROMARTINO han notado en mi libro sobre las diez aporías en la obra de KELSEN una suerte de «parricidio». Pierluigi CHIASSONI ha visto en él un intento por «desbancar» como «anacrónico» el paradigma kelseniano, de reponerlo «en las galerías subterráneas de la historia de las ideas» y, además, de «desacreditarlo» en el plano teórico «desde el punto de vista de la coherencia interna» y desde «los efectos negativos, teóricos y prácticos, que sus ideas serían susceptibles de producir».

Rechazo firmemente estas interpretaciones de mi trabajo. Estoy muy lejos de sostener que el pensamiento de KELSEN no haya sido y no deba continuar siendo la referencia obligada de nuestros estudios de teoría del derecho. En cuanto a mí, suscribo cuanto afirma Giulio ITZCOVICH sobre mi «fuerte ligazón con KELSEN», con quien comparto la aproximación iuspositivista, el anticognitivismo ético y el normativismo. Más bien, me considero más kelseniano que la mayor parte de los actuales teóricos del derecho. Ello por dos tipos de razones, una de carácter epistemológico y la otra de carácter teórico.

La primera razón que hace de la obra de KELSEN una referencia central y obligada de nuestros estudios de teoría del derecho es absolutamente obvia. KELSEN ha fundado

la teoria del derecho, inventando su paradigma metateórico como una teoría «pura». La teoría del derecho, según el modelo diseñado por él, no se ocupa ni debe ocuparse de lo que establece el derecho (lo que es tarea de las disciplinas jurídicas positivas), de lo que sería justo que establezca (lo que es tarea de la filosofía política o de la justicia), y ni tampoco de cómo funciona el derecho en concreto (lo que es tarea de la sociología del derecho). La teoría construye un aparato conceptual capaz de dar cuenta de cualquier sistema jurídico —primitivo o avanzado, simple o complejo, liberal o no liberal, democrático o autocrático— precisamente porque se ocupa de las estructuras formales, es decir, de la sintaxis de los ordenamientos, no de sus contenidos normativos. Esto, justamente, porque es una teoría *pura*, como la denominó KELSEN, o *formal,* como la denominó Norberto BOBBIO. Es este el espacio específico de la teoría del derecho creado por KELSEN que, a mi parecer, hoy debe ser defendido y desarrollado.

Lo que me propuse con mi trabajo fue tomar en serio, es decir, explicitar, hacer visible y así reforzar este rasgo epistemológico de la teoría del derecho: su carácter puramente formal que, por otra parte, quizá sea también el aspecto más incomprendido y criticado de la teoría de KELSEN. Precisamente porque *formal*, y solo porque *formal*, la teoría del derecho puede ser *formalizada*, justamente como lo he realizado en *Principia iuris*, mediante la formalización de su lenguaje. Desde esta perspectiva, la teoría axiomatizada del derecho quiere ser, en el plano metodológico, un complemento de la obra de KELSEN y una realización de su proyecto metateórico, como ha escrito Giulio ITZCOVICH. En efecto, el lenguaje de la teoría formal —a diferencia del lenguaje de las disciplinas jurídicas positivas (p. ej., civiles o penales), anclado mediante definiciones lexicales a la interpretación del lenguaje legal de los distintos ordenamientos— es un lenguaje artificial, construido por el teórico mediante asunciones y definiciones estipulativas. Siendo este lenguaje totalmente artificial, *podemos* —y, si podemos, en el plano científico *debemos*— construirlo del modo más riguroso, que es exactamente lo que se torna posible por el método axiomático utilizado en *Principia iuris*, que impone que todos los términos de la teoría sean definidos y todas la tesis sean demostradas sobre la base, respectivamente, de reglas de formación y de reglas de transformación previamente establecidas, a partir de un número limitado de términos y de tesis primitivas.

Gracias a la formalización, la construcción de la teoría puede proceder mediante progresivos incrementos de la intensión y correlativas reducciones de la extensión de su campo de referencia empírica. En *Principia iuris*, por ejemplo, la primera parte del primer volumen, dedicado a la deóntica, sirve para representar cualquier sistema normativo; la segunda parte, introducida a partir del término primitivo «causa», es idónea para dar cuenta de los sistemas de derecho positivo en los que las figuras deónticas —las normas y las situaciones jurídicas— son causadas, es decir, producidas por actos jurídicos; la tercera parte, introducida a partir de la distinción entre formas y significados de los actos jurídicos preceptivos, y desde la sujeción de las primeras a normas formales y las segundas a normas sustanciales sobre la producción jurídica, es capaz de dar cuenta de la estructura en grados de los ordenamientos jurídicos complejos: tanto de la estructura del estado legislativo como aquella, aún más compleja, de la democracia constitucional.

Es precisamente la teorización de la estructura en grados la segunda deuda de carácter teórico que tenemos en relación con la empresa kelseniana, aun cuando KELSEN

no extrajo de ella, o incluso negó, sus extraordinarias implicaciones teóricas. La idea de la estructura en grados de los ordenamientos fue formulada por su discípulo Adolf J. MERKL, pero es sobre todo a KELSEN a quien se debe su desarrollo, como estructura formal, idónea para dar cuenta del paradigma del estado legislativo, e incluso del estado constitucional de derecho, cual fuera que sean sus concretos y contingentes contenidos normativos[1]. Más aún, ha sido sobre la base de esta estructura en grados del estado de derecho que KELSEN ha teorizado y promovido lo que ha sido su principal contribución al actual constitucionalismo rígido: el control jurisdiccional sobre la validez constitucional de las leyes mediante su anulación si se consideran contrarias a la Constitución.

Finalmente, es sobre la base del carácter formal de dicha estructura normativa que, a mi parecer, se puede identificar y entender las relaciones isomórficas que en los distintos ordenamientos vinculan el derecho y el sistema político, es decir, las condiciones de la validez jurídica de las normas y las condiciones de legitimidad política de los poderes normativos. Esta relación isomórfica tiene carácter general; así, por ejemplo, en un estado absoluto, el principio *quod principi placuit legis habet vigorem* es la norma de reconocimiento tanto de la validez de las normas como de la legitimidad del sistema político. En democracia, por el contrario, es necesario distinguir: en el estado legislativo de derecho, la dimensión puramente formal de la validez y de la existencia de las normas legales —relativa a las formas, es decir, al «quién» y al «cómo» de su producción— se corresponde con la dimensión solo formal, es decir, política y representativa, de la democracia, consistente en la omnipotencia de las mayorías parlamentarias. En el estado constitucional, en cambio, la dimensión también sustancial, además de la formal, de la validez y de la posible invalidez de las leyes —relativa a los significados, es decir, al «qué cosa» de las normas producidas— se corresponde con la dimensión sustancial, además de la formal, de la democracia, consistente en los límites y en los vínculos de contenido impuestos a las mayorías parlamentarias por los principios sustanciales constitucionalmente establecidos, como la igualdad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, la formalización y la axiomatización de la teoría del derecho son capaces de exhibir un rasgo esencial y, por así decirlo, constitutivo de los sistemas jurídicos nomo-dinámicos, no comprendido y más bien negado por KELSEN: la naturaleza lógica, además de formal, de la estructura en grados de tales sistemas, idónea para explicar, en aparente paradoja, la dimensión sustancial y garantista sea de la validez de las normas como de la democracia constitucional. En efecto, esta estructura impone la coherencia y la plenitud de la legislación respecto de la constitución, y de la jurisdicción respecto de la legislación, es decir, los principios de que las primeras no contradigan y que, además, actuén las segundas. Implica, precisamente, el respeto a los *principia iuris et in iure* establecidos por las normas de nivel superior, a los que he denominado los *principia iuris tantum* (para distinguirlos de los principios jurídicos *iuris et in iure*), de no contradicción de las normas producidas y de implicación de los actos normativos

[1] «En el molde de la legalidad», de la legalidad ordinaria así como de la legalidad constitucional, escribió Piero Calamandrei, «se puede vaciar oro o plomo» [Prefacio a C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1766), edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, texto italiano establecido por G. FRANCIONI, Madrid, Trotta, 2011, 65].

de nivel inferior. Esto es, de un lado, la prohibición de las *antinomias*, es decir, de la producción legislativa de normas en contradicción con normas constitucionales como el principio de igualdad y los derechos fundamentales; de otro lado, la obligación de colmar las *lagunas*, es decir, la falta e indebida omisión de las leyes de actuación que introduzcan las garantías de las expectativas en las que consisten estos mismos principios y derechos, es decir, las prohibiciones y las obligaciones que les corresponden en el ámbito público. En suma, estos principios lógicos *iuris tantum* imponen el respeto y la actuación, por parte del legislador y más en general de todo el sistema político, de los principios jurídicos establecidos en nuestras constituciones como son los derechos fundamentales (derechos de libertad y derechos sociales).

Estas implicaciones de la estructura en grados de los sistemas jurídicos han sido negadas por KELSEN, a mi parecer, a causa de las aporías que he evidenciado en su teoría. Como sabemos, hay diversas fases en el pensamiento de KELSEN. En mi libro he distinguido cuatro de ellas, sobre la base de sus distintas concepciones del sistema jurídico: la fase vienesa de la concepción íntegramente nomo-estática, iniciada con los *Hauptprobleme*, de 1911; la fase de la concepción aún predominantemente estática, iniciada con la segunda edición de los *Hauptprobleme*, de 1923, en la que tematiza por primera vez la dimensión dinámica, desarrollada luego en la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925; la fase de la concepción prevalentemente dinámica, a la que pertenece la primera edición, de 1934, de la *Teoría pura del derecho*, y la *Teoría general del derecho y del Estado*, de 1945; finalmente, la fase de la concepción íntegramente dinámica, que se remonta a la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1960, y la *Teoría general de las normas*, publicada póstumamente en 1979[2].

Hay, sin embargo, tres aspectos paradójicos en las aporías kelsenianas que ameritan ser evidenciados. El primero consiste en el hecho de que, incluso en el variar de las concepciones del derecho, los elementos de continuidad entre las diversas fases están constituidas precisamente por gran parte de las aporías que he señalado, conectadas lógicamente entre sí, y siempre defendidas tenazmente por KELSEN. El segundo aspecto paradójico consiste en el hecho de que el itinerario intelectual recorrido por KELSEN en sus cuatro fases, desde la enteramente nomo-estática hasta la enteramente nomo-dinámica, es exactamente opuesto al seguido en la evolución de nuestras democracias, que han pasado, en cuanto a nuestra legislación, desde un fundamento puramente dinámico (la omnipotencia del legislador y la equivalencia de existencia y validez de las leyes en el estado legislativo) a un fundamento también estático (los límites y los vínculos de contenido impuestos en el estado constitucional a la legislación por las normas sustanciales de la Constitución y, por tanto, la disociación entre existencia y validez de las leyes producidas). La tercera paradoja es que, en mi opinión, con estas aporías, empezando por la de la negación de la lógica del derecho, KELSEN ha cometido sobre todo una injusticia contra sí mismo[3], contradiciendo algunas de las tesis más relevantes e innovadoras de su teoría: desde aquella de la estructura en grados del ordenamiento

[2] Reenvío, en cuanto a los argumentos sostenidos en esta periodización a *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, 9-10, § 4.3, 89-97 y, sobre todo, § 6.1, 125-134.

[3] Al punto que he titulado *Kelsen contra Kelsen* a mi réplica a la parte milanesa de este debate, que contó con las intervenciones de M. G. LOSANO, M. ZANICHELLI, C. LUZZATI, C. NITSCH y L. PASSERINI, y fue publicado en *Politeia*, XXXIII, núm. 127, 2017, 179-183.

hasta aquella de la regulación de la producción del derecho por parte del derecho mismo, y la violabilidad de las normas jurídicas como una de sus condiciones de sentido.

2. LA LÓGICA DEL DERECHO EXPLICITADA POR LA FORMALIZACIÓN DE LA TEORÍA

Llego así a la segunda cuestión formulada inicialmente, relativa a la lógica del derecho. Considero que las aporías en las que incurre KELSEN, contradiciendo así sus tesis más afortunadas, comenzando por aquella de la estructura en grados de los ordenamientos, se deben justamente a la falta de teorización o, mejor dicho, a la negación de la lógica del derecho. Hay, por tanto, a mi parecer, una tesis metateórica absolutamente obvia pero ignorada por KELSEN, y tras de él por muchos teóricos kelsenianos[4], que es esencial tanto para evitar tales aporías como para dar cuenta de la normatividad del derecho positivo: la necesidad de tratar la «lógica deóntica» como una parte de la teoría empírica del derecho[5].

Es lo que he hecho en *Principia iuris*, donde asumí los operadores deónticos —«permitido», «prohibido», «obligatorio», «facultativo», «expectativa positiva» y «expectativa negativa»— como términos teóricos al igual que «norma», «acto», «validez», y similares, y las tesis de la deóntica que hacen uso de ellas ya no como tesis analíticas, sino como tesis teóricas del sistema formalizado que he construido. Así, incorporé la lógica deóntica en la teoría del derecho mediante las tesis desarrolladas en los primeros dos capítulos de *Principia iuris*. Precisamente, en el primer capítulo, he asumido como primer término primitivo el predicado «permitido»; he definido por medio de él los términos «prohibido», «obligatorio» y «facultativo», que forman las modalidades incompatibles entre sí, identificadas en el cuadrado y en el hexágono de las figuras deónticas activas; y he adoptado como primer postulado la tesis P1, $(x)(\neg PERx \rightarrow PER\bot x)$ —de lo que no está permitido la comisión está permitida la omisión— que es una tesis de la lógica deóntica que tiene la cualidad, incluso más que los otros quince postulados, de ser una tesis intuitivamente verdadera. Luego, en el segundo capítulo, he asumido como primitivo el término «expectativa», sea positiva o negativa; he esti-

[4] He tenido ocasión de destacarlo en *La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini* (de próxima publicación en *Analisi e diritto,* Torino, Giappichelli, 2018) y en *Isonomía,* donde la tesis que será ahora desarrollada ha sido exigida por las críticas que me ha dirigido R. GUASTINI en *Discutendo* (Madrid, Marcial Pons, 2017, cap. IX, titulado «Logica, diritto e scienza giuridica secondo Ferrajoli», 111-122). Críticas similares, análogamente explicables, han sido desarrolladas en nuestro debate por L. BACCELLI, *Alla ricerca della purezza perduta? Il Kelsen di Ferrajoli*.

[5] He aclarado esta necesidad desde *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 109-115 (traducción castellana de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 3 vols.: vols. I y II, 2016; vol . II, 2011. De ahora en adelante los tres volúmenes —I, *Teoría del derecho*; II, *Teoría de la democracia*; III, *La sintaxis del derecho*— serán citados como *PiI*, *PiII* y *PiIII*, y las definiciones y los teoremas ahí desarrollados con las letras D y T seguidas de numeración progresiva). He insistido además sobre esta necesidad en «Principia iuris. Una discusión teórica», *Doxa*, núm. 31, 2008, § 1.4, 406-407; en *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, LED, 2011, § 1.4, 25-28; en *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, en L. BACCELLI (ed.), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2012, § 3, 116-118; y en *La lógica del derecho, op. cit.,* § 2.3, 59-62 y § 8.2, 202-204.

pulado como postulado la tesis P3, $(x)((\exists y')ASPy'x \equiv (\exists y'')(MODy''x \cdot \neg PER\bot x))$ —si de algo existe la expectativa de la comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida su omisión, y viceversa—; y he instituido las relaciones de implicación recíproca, representadas por el cuadrado de las figuras deónticas pasivas, entre expectativa positiva y obligación en relación con otros, y entre la expectativa negativa y la prohibición en relación con otros del mismo comportamiento.

Esta asunción de la lógica deóntica como parte de la teoría se ha revelado como esencial y, a mi parecer, constitutiva de cualquier teoría del derecho positivo que intenta dar cuenta del valor garantista de la estructura en grados de los ordenamientos jurídicos. Como he explicado en las primeras páginas de *Principia iuris*, ella es necesaria precisamente para la teoría del derecho positivo, en la cual, por ejemplo, la tesis T1.4 («prohibido equivale a no permitido») no es, como en los sistemas estáticos, una simple tesis lógica, sino una tesis teórica necesaria para que en el plano teórico se pueda afirmar, como bien puede suceder en los sistemas nomo-dinámicos, que si un comportamiento está «prohibido» por una determinada norma y «permitido» por otra, entonces las dos normas, aunque ambas existentes, son contradictorias entre sí. Lo mismo se dice de todas las otras tesis desarrolladas en los primeros dos capítulos de *Principia iuris*. Precisamente porque la teoría del derecho no es una teoría de la moral o del derecho natural sino una teoría del derecho positivo, la introducción de las tesis de la lógica deóntica como tesis teóricas —como *principia iuris tantum* externos y no internos al derecho de los ordenamientos articulados en distintos niveles normativos— es necesaria para leer como vicios o violaciones las contradicciones de las normas inferiores respecto a las superiores, y las inactuaciones de las segundas por parte de las primeras; en suma, para dar cuenta de las antinomias y de las lagunas que bien pueden existir en el derecho positivo, precisamente, por su carácter dinámico, es decir, del hecho de que las normas no son deducidas sino producidas por actos preceptivos.

Obviamente, en una teoría no axiomatizada como la kelseniana, la primera tesis T1 y toda la lógica deóntica no son mínimamente explicadas. Son asumidas como tesis implícitas, que se dan por descontadas, obvias, poco importa si de la teoría o de la lógica, de la metateoría o de la metodología. Pero es precisamente su falta de explicación la trampa que ha producido las falacias normativistas y realistas a las que tantas veces me he referido: la concepción del derecho solamente como norma o solamente como hecho, que ignora las posibles divergencias deónticas entre niveles normativos y, por ello, entre la validez y la existencia de las normas, y entre su existencia y su efectividad. En la obra de KELSEN, por ejemplo, como he intentado mostrar, el hecho de que las tesis de la deóntica sean ignoradas o en todo caso no tematizadas como tesis teóricas fundamentales produce, como lamentable resultado, algunas de las más graves aporías que he destacado, como la tesis de la validez de las normas incluso si están en contradicción con otras supraordenadas a ellas, así como la de la inaplicabilidad de la lógica al derecho en virtud de las cuales no son concebibles antinomias ni lagunas[6].

En una teoría axiomatizada, por el contrario, niguna tesis fundamental puede ser dejada como implícita, inexpresada o tácita, menos aún aquellas que, como P1 y P3,

[6] Cfr. *La lógica del derecho, op. cit.,* caps. IV-VII.

son necesarias para dar cuenta del rasgo distintivo de los sistemas nomo-dinámicos y de las posibles divergencias deónticas de la estructura en grados determinadas en ellas. Es en este rol de la lógica, explicitado por la formalización de la teoría, que se revela la principal diferencia entre los sistemas dinámicos y los estáticos. En los sistemas estáticos la hipótesis de que un comportamiento esté prohibido por una determinada norma y permitido por otra es simplemente imposible dado que, gracias al estatus puramente lógico que en ellos tiene la contradicción entre permitido y prohibido, si en ellos un comportamiento está prohibido entonces es inconcebible que esté también permitido. Por el contrario, en los sistemas dinámicos, como es típicamente el derecho positivo, la reducción de la lógica deóntica a un capítulo de la teoría del derecho es absolutamente indispensable precisamente para dar cuenta de su propia naturaleza, es decir, de la normatividad de las normas sobre la producción de normas. Es justamente indispensable porque en estos sistemas, precisamente porque dinámicos, pueden ser producidas normas contradictorias entre sí, o no producidas normas implicadas por las normas sustanciales sobre la producción normativa, es decir, antinomias y lagunas, que solo las tesis lógico-deónticas de la teoría hacen reconocibles como violaciones: como violaciones por comisión de las normas supraordenadas por parte de las normas en contradicción con ellas (p. ej., porque limitan o suprimen, y por ello contradicen, derechos fundamentales constitucionalmente establecidos), pero también como violaciones por omisión, es decir, por falta de producción de normas debidas en la medida en que están implicadas por normas igualmente supraordenadas (p. ej., la falta de implementación de las normas que confieren derechos sociales a la salud o a la educación). Por todo esto, el sentido crítico de mi libro en relación con KELSEN se expresa mejor en el título —la lógica del derecho— que en el subtítulo sobre las diez aporías en la obra kelseniana.

En suma, la asunción de la lógica como parte de la teoría ha hecho explícito el carácter tanto lógico como jurídicamente vinculante de los principios de no contradicción y de implicación[7]; por tanto, si un comportamiento está permitido (o prohibido) por una norma supraordenada, entonces no puede estar prohibido (o permitido) por normas subordinadas a ella; y si una norma supraordenada formula la expectativa de la comisión o de la omisión de un comportamiento, entonces existe, a cargo de las fuentes subordinadas a ella, la correspondiente obligación o prohibición. En *Principia iuris* he expresado el primero de estos principios con el conocido cuadrado de las modalidades deónticas activas, y el segundo principio con el cuadrado, formulado por primera vez, de las expectativas deónticas pasivas: facultad, prohibición y obligación, si predicados en relación con los mismos sujetos, son figuras deónticas contradictorias o contrarias

[7] Esta tesis, en lo sustancial, fue lúcidamente expresada por N. BOBBIO, *Formalismo jurídico y formalismo ético* [1954], ahora en *id., Contribución a la teoría del derecho*, edición de A. RUIZ MIGUEL, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, 105-117: «Un sistema jurídico, en cuanto que está basado en el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto ha sido particularmente ilustrado por KELSEN y GARCÍA MÁYNEZ. Pero eso significa que el principio de no contradicción es una verdadera regla jurídica implícitamente contenida en todo ordenamiento. Y si antes he mostrado que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción en un sistema teórico, caigo ahora en la cuenta de que el principio de no contradicción sirve en el mismo sistema normativo como regla jurídica. Lo que podría decirse también así, en fórmula sintética: en una concepción legalista de la justicia están presentes, al mismo tiempo, una tendencia a la *logicización del derecho* y una tendencia hacia la *juridificación de la lógica* o, en otras palabras, un reconocimiento del valor lógico del derecho y a la vez del valor jurídico de la lógica» (p. 111).

entre sí; expectativas positivas y negativas son figuras que implican, en relación con otros sujetos, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes. Y he mostrado que el estado de derecho, sea legislativo o constitucional, no es concebible sin estos dos principios.

3. EL ROL DE LA AXIOMATIZACIÓN EN EL ANÁLISIS DE LAS APORÍAS KELSENIANAS Y DEL VALOR GARANTISTA DE LA ESTRUCTURA EN GRADOS DE LOS ORDENAMIENTOS

Se entiende, entonces, cómo solamente la formalización del lenguaje teórico ha hecho evidente, además que necesaria, la incorporación de la lógica deóntica en la teoría del derecho como su primera parte. Ahora bien, el tercer orden de consideraciones preliminares a nuestra discusión que ahora intento desarrollar concierne al rol desarrollado por el método axiomático no solo como instrumento de construcción del discurso teórico, sino también, gracias al respeto de las reglas que le impone, como método de control de tesis intuitivas, mas no por esto verdaderas, y de descubrimiento de tesis verdaderas mas no por esto intuitivas («verdaderas», se entiende, respecto a las premisas, es decir, a los postulados y a las definiciones).

Mostraré cómo la formalización de la teoría llevada a cabo con el empleo de dicho método es capaz no solo de dar cuenta de la naturaleza lógica del valor garantista de la estructura de las actuales democracias constitucionales, sino también de hacer emerger y de resolver las diez aporías detectadas en la obra de KELSEN. Ella actúa, por así decirlo, como banco de pruebas de la consistencia de las nociones y de las tesis de la teoría, las cuales, si no resultan formalizables como sucede con las antedichas tesis aporéticas, entonces no pueden pertenecer a la teoría formalizada, habiendo además buenas razones para considerarlas como nociones o tesis «mal formadas» también en una teoría no formalizada.

3.1. El *Sollen*

Es el caso de la primera aporía que he señalado, aquella relativa al «deber ser». Como he sostenido en *La lógica del derecho*, esta noción —concebida por KELSEN como «categoría» de «carácter puramente formal [...] aplicable con independencia del contenido que tengan los hechos enlazados [...] epistemológicamente trascendental, en el sentido de la filosofía kantiana»—[8] es precisamente una categoría filosófica que no pertenece a la teoría del derecho «al no ser ni un predicado, ni un conectivo lógico, ni un operador deóntico y, en cuanto nexo entre un antecedente y un consecuente, ni siquiera una tesis teórica»[9]. Tanto es esto verdadero que «ella no es en modo alguno formalizable»[10].

---

[8] H. KELSEN. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtwissenschaftliche Problematik*, 1.ª ed., Wien, F. Deutricke, 1934. Traducción castellana de G. Robles Morchón y F. F. Sánchez. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica.* Presentación de G. Robles, Madrid, Trotta, 2011, § 11.*b*), 56.

[9] *La lógica del derecho, op. cit.,* § 1.1, 18.

[10] *Ibid.*, 18-19.

Ello no impide sino que por el contrario revela el valor metateórico de esta categoría, que sobre el plano filosófico sirve fundamentalmente para entender la normatividad del derecho. En efecto, se puede considerar que es precisamente a partir de ella —como forma «*a priori* para la comprensión del material jurídico empírico»—[11] que KELSEN ha creado el espacio autónomo de la teoría del derecho como teoría pura basada en la distinción de las ciencias naturales, incluida la sociología del derecho, a fuerza de la oposición entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre artificialidad jurídica y naturalidad fáctica. Pero precisamente por esto la categoría filosófica del *Sollen* no puede ser a su vez una categoría «bien formada» de la teoría del derecho. En efecto, en el plano teórico, la noción kelseniana de norma como relación de «deber ser» entre un antecedente identificado con un acto ilícito, y un consecuente identificado con una sanción, por un lado, se revela como una falsa generalización, capaz de dar cuenta de las normas que he denominado «hipotético-deónticas» mas no así de las normas constitutivas, y ni siquiera de las normas categóricas que he denominado «téticas»[12]; y, por otro lado, se trata de una fórmula elíptica que provee una imagen simplificada de las propias normas hipotético-deónticas mediante una singular implicación entre dos comportamientos como son, precisamente, el acto ilícito y la aplicación de la sanción.

Ahora bien, solo la formalización ha exigido la necesidad de descomponer esta implicación en dos relaciones, la eficacia y la actuabilidad, ambas expresadas mediante tesis verdadero-funcionales, por encima del alcance empírico mucho más amplio de las relaciones ilícito/sanción al que se refiere el *Sollen* de KELSEN[13]. Gracias a esta descomposición, la dimensión deóntica de las normas hipotético-deónticas resulta asociada, en lugar de al signo de implicación, a la situación jurídica —la obligación, la prohibición, la facultad o la expectativa— que figura como consecuente de la primera de las dos antedichas relaciones, y como antecedente de la segunda. En concreto, resulta asociada a la situación que, de un lado, es producida por el acto implicado como su efecto, en virtud de la relación que he denominado «eficacia», y que, de otro lado, califica como obligatorio, como prohibido, como permitido o como pretendido el acto de grado, subordinado al primero, que es implicado por la situación como su posible actuación, en virtud de la relación que he denominado «actuabilidad»[14].

---

[11] H. KELSEN. *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*: «Las leyes de la naturaleza dicen: si A es, entonces tiene que ser B; mientras que la ley del derecho dice: si A es, entonces debe ser B, sin que al decir esto se formule enunciado alguno sobre el valor moral o político de la conexión. El deber es aquí una categoría relativamente apriorística para entender el material jurídico-empírico» (p. 56).

[12] En *PiI*, § 4.6, 225-228 y § 8.3, 403-406, he formulado una división cuatripartita, primero de las reglas (T4.57) y luego de las normas jurídicas (T8.36), en «tético-deónticas», «tético-constitutivas», «hipotético-deónticas» e «hipotético-constitutivas», mediante el cruce de dos distinciones: aquella entre normas deónticas y normas constitutivas, y aquella, no menos importante, entre normas téticas y normas hipotéticas (T4.55, T4.56 y T8.21, T8.26).

[13] «Eficacia» y «actuabilidad» son definidas en *PiI*; la primera, mediante la definición D5.3, como la relación entre el acto y los efectos que haya dispuesto o que normativamente están predispuestos para él (cap. V, § 5.7, 266-270); la segunda, mediante la definición D6.2, como la relación entre el efecto consistente en una situación jurídica y los actos normativamente previstos como sus posibles actuaciones (*ibid.*, cap. VI, § 6.8, 305-308).

[14] *La lógica del derecho, op. cit.,* § 1.1, 20-24.

3.2. La centralidad de la sanción

Pero la relación kelseniana de deber ser entre ilícito y sanción, en virtud de la cual la previsión de una sanción es condición necesaria para la configuración de un comportamiento como ilícito, genera, a su vez, lo que he identificado como *segunda aporía*: la tesis antipositivista según la cual, en ausencia de sanciones, un comportamiento jurídicamente prohibido (como, p. ej., la guerra) no es un acto ilícito, siendo la norma que lo prohíbe un *flatus vocis*.

También en este caso es la lógica del derecho, como primera parte de la teoría, la que permite captar y superar la aporía: en efecto, por *modus tollens*, si no existen sanciones, se debe admitir que no hay ningún ilícito y que, por tanto, ni siquiera existe la norma que lo prohíbe aunque haya sido formalmente producida, en contradicción con la noción positivista del derecho formulada por el propio KELSEN como aquello que es creado en los modos previstos y regulado por el derecho mismo[15].

3.3. La confusión entre derechos y garantías

La misma tesis antipositivista, por lo demás, está expresada también por la noción kelseniana de «derecho subjetivo» que incorpora, al igual que la noción de ilícito, las respectivas garantías tanto primarias como secundarias, es decir, el deber correspondiente y la sanción en caso de su violación. De aquí la *tercera aporía* que he señalado: si no se han producido sus garantías (es decir, las prohibiciones o las obligaciones correspondientes y las respectivas sanciones), los derechos fundamentales —que, a diferencia de los derechos patrimoniales no son predispuestos por normas hipotéticas conjuntamente con sus garantías (el crédito junto con la deuda, la propiedad junto con la prohibición de afectar su disfrute), sino dispuestas inmediatamente por normas categóricas o téticas— no serían derechos, aunque formalmente hayan sido establecidos, sino también *flatus vocis*, entidades inexistentes.

Así, la falta de garantías, en lugar de ser leída como una indebida omisión, es decir, como una laguna, es legitimada por la negación de la existencia de los propios derechos que, como la prohibición de la guerra, imponen al contrario estar garantizados. De este modo no solo se contradice el principio basilar del positivismo jurídico, sino que son minadas desde sus raíces dos de las principales aportaciones kelsenianas: la normatividad del derecho en relación consigo mismo y la consecuente jerarquía de las fuentes; la primera, negada por el rechazo como «autocontradicción» de la idea misma del derecho ilegítimo[16], y la segunda, invertida por la posibilidad de que las fuentes

---

[15] La «positividad» del derecho, escribe KELSEN, «consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos» [*Teoría general del derecho y el Estado* (1945). Traducción castellana de E. García Máynez, México, Universidad Autónoma de México, 1979, parte I, cap. X, B, a, 117); y, más adelante: «El derecho es algo establecido en la forma prescrita por la constitución para la formulacion de normas jurídicas» (*ibid*, D, 126). Como alternativa a la noción restrictiva de ilícito como presupuesto de la sanción formulada por KELSEN, en *PiI* he definido «ilícito», con la definición D9.4, como «todo acto informal prohibido» (§ 9.4, 473).

[16] «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues «una norma contraria a norma» es una

subordinadas deroguen y, de hecho, dejen en la nada a las normas supraordenadas simplemente con su inercia, es decir, no actuando las obligaciones correspondientes a las expectativas en las que consisten tales normas, como el principio de la paz y los derechos sociales. También aquí la lógica del derecho, precisamente el *principio de implicación*, permite dar cuenta de la normatividad de las normas superiores respecto a las fuentes inferiores, y el *modus ponens*, de la obligación de actuación implicada e impuesta por tales expectativas en las que consisten los derechos fundamentales y, por tanto, de reconocer la ilegitimidad de la omitida producción de sus normas de actuación.

3.4. La identificación de la validez de las normas con su existencia

Pero es toda la fenomenología del derecho, cual fuera que sea, la que resulta apriorística e integralmente legitimada por una tesis aún más general en la que he identificado la *cuarta aporía*, quizá la más grave de la teoría kelseniana: la identificación de la validez de las normas con su existencia. De ahí se sigue, en efecto, la inexistencia de normas inválidas y, por tanto, la preclusión de la comprensión del «derecho ilegítimo» —empezando por la legislación viciada por la comisión de antinomias o por omisiones, como lagunas, de leyes de actuación— que es, en cambio, la novedad más relevante y valiosa del actual constitucionalismo rígido.

Esta idea de la validez como existencia o pertenencia al ordenamiento equivale a una noción simplificada y simplista de ella, que ignora de la validez, y consiguientemente de la democracia, la dimensión sustancial ligada a la coherencia de los contenidos o significados de las normas producidas con los significados de las normas supraordenadas a ellas. Tampoco da cuenta de las posibles divergencias entre el deber ser jurídico y el ser de las normas de derecho positivo, virtualmente inevitables en ordenamientos articulados en distintos niveles normativos según la estructura en grados. Finalmente, también contradice la banal tesis kelseniana según la cual la violabilidad es condición de sentido de las normas, y por ello, también de las normas sobre la producción normativa[17]. Al respecto, es el *principio de no contradicción* el que permite entender como vicios o violaciones las normas legales contradictorias con la constitución y las sentencias contradictorias con las leyes, es decir, la invalidez sustancial de las unas y de las otras, no obstante la existencia y la validez formal de ambas.

---

autocontradicción» (*Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. revisada y ampliada, Wien, Franz Deuticke, 1960. Traducción castellana de R. J.Vernengo, *Teoría pura del derecho*. UNAM, México, 1970. § 35, j, α, 274).

[17] «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» (*ibid.*, § 4, c, 24). «La imposición de una norma de esta naturaleza aparece con la condición de que sea posible un ser correspondiente a esta norma, pero también que sea posible un ser no-correspondiente a ella. Porque es inútil establecer en una norma como debido algo que necesariamente tiene que ser aunque no se imponga la norma, o bien algo que no puede ser de manera alguna a pesar de la imposición de la norma, de modo que es imposible en el primer caso una violación a la norma y en el segundo, una obediencia a la misma» (H. KELSEN, *Teoría general de las normas*, cap. XVI, 71). En *PiI* he expresado esta misma tesis con la tesis T2.3, en virtud de la cual las figuras deónticas —sean modalidades activas como las facultades, las obligaciones y las prohibiciones, o expectativas pasivas, positivas o negativas— implican la *posibilidad* del acaecimiento de su contenido, del cual excluyen, por ello, tanto la imposibilidad como la necesidad (§ 2.1, 140-141).

3.5. Las diversas referencias empíricas de la validez formal y de la validez sustancial

Ahora bien, nuevamente la formalización y la axiomatización de la teoría han hecho no solo evidente sino necesaria, a efectos del cálculo, esta distinción de las dos dimensiones de la validez. En efecto, una regla de formación impuesta por la formalización del lenguaje teórico impide usar un mismo término para diferentes campos de referencia[18], como sucede en cambio con la *quinta aporía* kelseniana, es decir, con el uso del término «norma» para designar sea el acto normativo como la norma que constituye su significado prescriptivo.

De aquí la necesidad de conectar la *validez*, más allá que al acto normativo, también a otras dos referencias empíricas, más específicas y distintas: a las *formas* del acto, como referencias de la *validez formal* y a la *invalidez formal*, que he definido como la *conformidad* y *disconformidad* respecto a las formas predispuestas por las normas formales sobre su producción; y a los *significados prescriptivos*, es decir, a las normas y más en general a las prescripciones producidas por el acto, como referencias de la *validez sustancial* y de la *invalidez sustancial*, que he definido como la *coherencia* e *incoherencia* con los significados de las normas sustanciales supraordenadas a ellas. Si las normas formales sobre «quién» y sobre «cómo» de la producción normativa imponen la *conformidad* —que no tiene nada que ver con la lógica— del acto normativo a los requisitos de forma predispuestos por ellas como condiciones de su validez formal o, al menos, de su existencia, las normas sustanciales sobre el «qué cosa» de la producción imponen y a su vez implican la *coherencia* y la *plenitud*, es decir, por un lado la no contradicción con ellas mismas y, por otro lado, la actuación a cargo de las normas producidas[19].

---

[18] Es la regla formulada por Rudolf CARNAP según la cual a todo predicado debe corresponder, en todas las ocasiones, la misma «clase de individuos», o el mismo tipo o «dominio de objetos» [R. CARNAP, *Introduzione alla logica simbolica* (1954), Florencia, La Nuova Italia, 1978, § 11, 72-75 y § 25a, 148-156]. He adoptado y motivado esta regla en *PiI* (*Introducción*, § 11, 53, y *Preliminares*, § 5, 98-99). Es claro que solo la formalización del lenguaje teórico puede garantizar —con el respeto de la mencionada regla y, por tanto, con la neta distinción expresada en el empleo de diversas variables subjetivas, entre los distintos campos o dominios de la teoría— que no se incurra en las ambigüedades sintácticas y semánticas responsables de tantos equívocos y aporías presentes en la teoría kelseniana.

[19] *Vid.* en *PiI* la definición D9.1 de «forma» como conjunto de los requisitos y de las condiciones, predispuestas por las normas sobre la producción de los actos jurídicos lingüísticos, para que produzcan válidamente como efectos los significados expresados por ellos, y la definición D9.2 de «acto formal» como todo acto dotado de forma (cap. IX, §§ 9.1-9.3, 461-472). Asimismo, la definición D9.9 de «decisión» como acto formal preceptivo habilitado a producir como efectos las situaciones o las normas prescritas por él como significados, siempre que se observen las normas, formales y sustanciales, sobre su producción (§ 9.6, 481-487), y la definición D9.17 de acto «válido» como el acto formal cuyas formas son todas conformes con las normas formales sobre su formación y que admite al menos un significado coherente con todas las normas sustanciales sobre su producción (§ 9.9, 500). Para mostrar la pluralidad de las referencias empíricas de la noción de «validez» predicable de las decisiones —con referencia a sus formas en lo que respecta a su dimensión «formal» y a sus significados en lo que respecta a su dimensión «sustancial»— obtengo seguidamente la definición D9.17 de validez en el lenguaje formalizado: $(x)(VALx \equiv (AFOx \cdot (r)((f)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFOrx)) \cdot (\exists y)(NSOrx \rightarrow (SIGyx \cdot COEyr)))))$, donde la variable x se refiere al acto, la variable f se refiere a su forma, y la variable y se refiere a su significado.

3.6. Dinámica y estática de los sistemas de derecho positivo

Dos son, entonces, las dimensiones de la validez, correspondientes con las dos dimensiones de la fenomenología del derecho positivo, consiguientes, a su vez, de su naturaleza lingüística: la *forma* y el *significado*, el *acto* y la *norma* que precisamente la regla de designación recién recordada impone distinguir como diferentes referencias empíricas de la teoría de las normas.

Los actos normativos y sus formas integran la *dinámica* que es propia del derecho positivo: no por nada la segunda parte de *Principia iuris*, dedicada al derecho positivo, se inicia con la introducción del término primitivo «causa», con la definición de «efecto» como aquello de lo que algo es causa, y con la definición de «acto» como comportamiento productor de efectos[20], es decir, con tres tesis que forman otras tantas premisas esenciales del principio positivista de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. Por el contrario, las normas en cuanto significados integran la *estática* de los ordenamientos, que por tanto no puede ser olvidada ni menos aún removida, como sucede en cambio con la *sexta aporía* kelseniana. Dinámica y estática de los ordenamientos estructurados sobre diversos niveles son, en efecto, las dos dimensiones conectadas entre sí —los actos lingüísticos de la producción jurídica (las leyes, las sentencias, los actos administrativos y los negocios privados) y sus significados (las normas, las situaciones, las prescripciones y las obligaciones producidas)— necesarias para dar cuenta, la primera de la *positividad* y la segunda de la *normatividad* del derecho.

3.7. La lógica del derecho y la lógica en la teoría del derecho

Es, pues, evidente que la lógica se aplica solamente a las normas, es decir, a la dimensión estática del derecho, y no a los actos. Llego así a la *séptima aporía* kelseniana, aquella central de la no aplicabilidad de la lógica al derecho. Una tesis tan contraintuitiva es claramente un corolario de todas las otras aporías: en primer lugar, de la exclusión, del léxico de la teoría, de la idea misma de normas categóricas o téticas, respecto a las cuales puede hablarse sobre todo, a propósito de las normas inferiores, de contradicción o de implicación; en segundo lugar, de que los derechos fundamentales, es decir, los derechos con forma universal en tanto que están dispuestos por las «normas téticas», resultan ajenos al aparato teórico kelseniano y, por ello, también resultan ajenos los límites y los vínculos implicados por ellas e impuestos a la legislación; en tercer lugar, de la tesis de que las normas son válidas por el mero hecho de existir, por lo que resulta insostenible la idea misma de «norma inválida» y queda totalmente excluida la dimensión estática de los ordenamientos.

Pero es de nuevo la formalización la que explicita y, sobre todo, hace jurídica y a la vez lógicamente vinculantes a las normas supraordenadas con respecto a las subordinadas. Ella ha permitido aclarar, mediante los dos cuadrados deónticos —el

[20] Se trata del postulado P10 y de las definiciones D5.1 y D5.2 presentadas en *PiI* (cap. V, §§ 5.1-5.4, 247-259).

de las modalidades activas y el de las expectativas positivas recordadas en el § 2— la aplicabilidad de la lógica al derecho: en primer lugar, del *principio de no contradicción* entre las modalidades activas de la obligación, de la prohibición y de la facultad de un mismo comportamiento a cargo de un mismo sujeto; en segundo lugar, del *principio de implicación* entre las expectativas pasivas, positivas o negativas, y las correlativas modalidades activas de la obligación o de la prohibición a cargo de otros sujetos, relacionados entre sí deóntica o jurídicamente. Lo extraordinario es que la tesis opuesta de la inaplicabilidad es sostenida por KELSEN tanto más firmemente cuanto en su teoría más se afirma como categoría central la estructura en grados, que extrañamente conecta solamente con la dimensión dinámica y no también con la dimensión estática de los ordenamientos. Es claro que esta concepción solamente dinámica de la estructura en grados depende del hecho de que KELSEN ignora la naturaleza lógica, además de jurídica, de tal estructura. En efecto, es en cuanto y solo en cuanto estructura lógica, que la estructura en grados es normativa en relación con la dimensión estática, consistiendo dicha dimensión en aquellos particulares significados lingüísticos que son las normas, las cuales respetan, o por el contrario violan, las normas sustanciales sobre su producción en cuanto y solo en cuanto son coherentes con estas o, por el contrario, incompatibles.

La idea que está detrás de esta extraña tesis de la inaplicabilidad de la lógica es evidentemente que la lógica rige solamente al derecho natural, en el cual, en efecto, las normas son deducidas y no producidas, y no también al derecho positivo en el que, en cambio, las normas son producidas y no deducidas. Pero es precisamente por esto que la lógica, con la modernidad iuspositivista, se impone *normativamente* al razonamiento jurídico. Solo con el positivismo jurídico, en un primer momento en las formas del estado legislativo y, luego, más aún, en las del estado constitucional, la deducción lógica se formaliza y se procedimentaliza en la práctica jurídica y se vuelve el principal criterio de control de la validez de las leyes y de los pronunciamientos judiciales, además de las tesis de la ciencia del derecho. Precisamente con el primer cambio de paradigma producido con el primer positivismo jurídico, aquel que dio vida al estado legislativo de derecho caracterizado por normas sustanciales de nivel legislativo sobre la producción jurisdiccional, la lógica opera en el silogismo judicial y, más en general, en toda aplicación de la ley, en cuanto *principio de implicación*. Con el segundo cambio de paradigma ocurrido en el siglo pasado, con el que nació el estado constitucional caracterizado por normas sustanciales de rango constitucional sobre la producción legislativa como son los derechos fundamentales, la lógica colma la dimensión estática de todo el derecho, incluso su nivel normativo más importante: el de la legislación, al cual impone tanto el *principio de no contradicción*, que no admite normas legales incoherentes con las normas constitucionales, como el *principio de implicación* que de estas mismas normas, en particular de los derechos sociales establecidos en ellas, impone las leyes de actuación, es decir, la introducción de sus garantías.

3.8. El estatuto de las disciplinas jurídicas positivas

Son precisamente estos principios lógicos y a la vez teóricos los que hacen insostenible, en el plano metateórico, la tesis kelseniana del carácter puramente descriptivo de

las disciplinas jurídicas positivas, en la que he identificado la *octava aporía*. En efecto, tales principios imponen la lógica al derecho positivo, es decir, la coherencia y la plenitud respecto a las constituciones rígidas tomadas en serio, que no siempre las tienen de hecho pero que debería tenerlas de derecho. Y confieren, por ello, a tales disciplinas un rol crítico y proyectivo en relación con el derecho ilegítimo: la tarea de criticar las antinomias y las lagunas, es decir, las violaciones por comisión o por omisión de los derechos y de los principios estipulados en ellas, y de proyectar las técnicas de garantías implicadas e impuestas por ellos.

Solo gracias a tales principios la ciencia jurídica puede dar cuenta de las imperfecciones —las antinomias y las lagunas— que inevitablemente existen en cualquier sistema dinámico con varios niveles, como es típicamente el derecho de nuestras democracias constitucionales[21]. En otras palabras, coherencia y plenitud son el «deber ser» y no el «ser» del derecho, virtualmente ilegítimo y, por ello, imperfecto. Son perfectos, es decir, carentes de antinomias y de lagunas, solamente los sistemas estáticos y, por otro lado y por razones opuestas, los sistemas dinámicos de un solo nivel, ocupados además por un solo productor de normas, a la vez legislador, juez y administrador —en suma, un déspota, que no delega ningún poder— y, por tanto, capaz de contradecirse a placer sin generar imperfecciones.

3.9. La jerarquía de las fuentes y su cambio en la teoría de Kelsen

De otro lado, la sujeción al derecho del ejercicio de los poderes normativos y, por ello, el paradigma garantista del estado de derecho, consiste en la conformidad de los actos normativos y la coherencia y plenitud de sus significados con respecto a las normas sobre su producción. Ello tanto en el estado legislativo de derecho, caracterizado por la sujeción a la ley de todos los poderes infralegales empezando por el jurisdiccional, como en el estado constitucional de derecho, caracterizado por la sujeción a la constitución, incluso por parte del último residuo del gobierno de los hombres, que estaba constituido por la omnipotencia del poder legislativo ejercido por el Parlamento.

De aquí lo insostenible del singular cambio de la jerarquía de las fuentes que de hecho resulta de la negación por parte de Kelsen de la idea misma del derecho ilegítimo y, en particular, de la concepción de la jurisdicción como actividad volitiva, creadora de nuevo derecho. Es esta la *novena aporía* que la lógica del derecho, asumida como parte esencial de la teoría, permite destacar y superar: la tesis de la validez, de todos modos, de las normas producidas, y en particular de las sentencias, incluso si no se basan en

[21] Cabe recordar que en *PiI*, § 10.19 (644-6519), he utilizado los términos «antinomias» y «lagunas» en un sentido más restringido en relación con el adoptado en los usos corrientes: para designar solo aquellas que existen entre normas de distinto grado y, por tanto, no solubles por el intérprete —como lo son las denominadas antinomias y lagunas entre normas del mismo grado, solubles las primeras con el criterio cronológico o con el de especialidad, y las segundas con el recurso a la analogía—, sino solo con actos, jurisidiccionales o legislativos, de expulsión de la norma indebidamente producida o de introducción de la norma indebidamente ausente. Precisamente he definido, con las definiciones D10.43 y D10.44, «antinomia» como «el vicio sustancial producido por la indebida adopción de una norma en contraste con una norma sustantiva sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste», y «laguna» como «el vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente» (p. 646).

las leyes que están encargadas de aplicar[22]. Como ha escrito Eugenio BULYGIN, «si no hubiera relaciones lógicas entre normas jurídicas y fuese imposible la derivación de una norma individual de una norma general, entonces las normas generales estarían privadas de sentido y la legislación, es decir, la creación de normas generales sería una empresa vana»[23]. Lo sería la legislación en relación con la jurisdicción, y lo sería la constitución en relación con la legislación.

3.10. La concepción solo formal y no también sustancial de la democracia

Finalmente, la *décima aporía*, también revelada y resuelta por los principios de la lógica incorporados en la teoría del derecho: la concepción puramente formal o política de la democracia, basada solamente sobre formas representativas de la producción legislativa. Es claro que esta concepción formal o procedimental de la democracia, no por casualidad correlativa a la concepción solo formal de la validez de las normas, no es capaz de dar cuenta de la dimensión sustancial, sea de la validez como de la democracia, implantada en nuestros ordenamientos por los límites y los vínculos implicados e impuestos por los derechos fundamentales establecidos en constituciones rígidas.

Aquella concepción puramente formal de la democracia era sostenible en el primer positivismo jurídico, aquel del estado legislativo de derecho en el cual la ley votada por el Parlamento era la fuente suprema del derecho, donde no tenía sentido hablar de invalidez de las leyes y no existían límites ni vínculos a la voluntad legislativa de las mayorías. Mientras en el segundo positivismo jurídico, el del estado constitucional de derecho, en el que han sido positivizados los principios sustanciales que el legislador no puede contradecir y debe actuar, dicha concepción de la democracia debe ser integrada, además, por el reconocimiento de una dimensión sustancial, en virtud de la cual la validez de las leyes y la voluntad de las mayorías son condicionadas ya no solo por las formas de producción, sino también por el respeto y por la actuación de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionalmente establecidos.

---

[22] Es una tesis que precisamente el joven KELSEN criticó duramente, en polémica con la escuela del derecho libre y en particular con las tesis de Herman U. KANTOROWICZ, en *Sulla sociologia del diritto* (1912), tr. it. en H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, al cuidado de A. CARRINO, Napoli, Esi, 1988, 184-185: «Ninguna concepción del derecho, ni siquiera la más moderna, puede renunciar al postulado según el cual entre aplicación del derecho y ordenamiento jurídico existe una lógica, en virtud de la cual la decisión singular se representa como una conclusión cuya premisa mayor es una norma jurídica general contenida en la ley. Esta relación *estática* vale independientemente del hecho de si, según la *dinámica* de la exigencia del juicio, la decisión se ha extraído de la ley o se ajusta a ella. El vínculo lógico en cuestión entre ordenamiento jurídico y actividad judicial o cualquier otra actividad estatal es por eso necesario, al ser el único criterio para que exista una actividad estatal, es decir, *imputable* al estado, y no una acción arbitraria de individuos particulares [...]. En el moderno estado de derecho no existe ninguna actividad jurisdiccional y en general ninguna actividad estatal *sine lege*, en el auténtico sentido de la palabra [...]. Considérese la siguiente situación: A afirma que B no ha cumplido una obligación jurídica. Si no se puede comprobar la pretendida obligación de B con una interpretación racional y conforme al fin de las normas jurídicas existentes, ningún juez en el mundo y ningún método jurídico pueden autorizar al aparato jurídico a exigir el cumplimiento de esa obligación jurídica. La acción deberá ser rechazada». Esta es una tesis exactamente opuesta a la de la jurisdicción como actividad volitiva y creativa que KELSEN sustentará en las fases siguientes de su pensamiento, junto con su declarada sintonía, precisamente, con el movimiento del derecho libre tan duramente criticado en su juventud.

[23] E. BULYGIN, *Observaciones a Kelsen, «Validez y eficacia del derecho»* (2002), en H. KELSEN, E. BULYGIN, y R. WALTER, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, § 4, 78-79.

4. EL ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA JURÍDICA Y EL FUTURO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

En este punto podemos responder a la cuarta y última cuestión planteada inicialmente, aquella de la actualidad y, a su vez, de los límites de la obra de KELSEN, así como del estado actual de la ciencia jurídica y de sus perspectivas futuras. Como he sostenido en el primer parágrafo, la actualidad está ligada, además que al espacio abierto por ella a la teoría formal del derecho, a la tesis según la cual, en virtud de la estructura en grados de los ordenamientos avanzados, el derecho positivo regula su propia producción. Pero un corolario de esta tesis es precisamente la virtual existencia del derecho ilegítimo, debido a que es condición del sentido de toda regla, como el propio KELSEN nos enseñó, la posibilidad de su violación y, por tanto, la posible existencia de derecho ilegítimo por violación de las normas, formales y sustanciales, sobre su producción. La limitación de KELSEN consiste en no haber tematizado estas posibles violaciones del derecho por parte del derecho mismo, que es en cambio el problema central, en mi opinión, de la actual teoría del derecho junto con el problema de las técnicas de garantía capaces de impedirlas o, por lo menos, reducirlas. Por esto, siempre he concebido la teoría de la democracia constitucional como una teoría del garantismo: porque el garantismo no es sino la otra cara —la cara de las técnicas dirigidas a asegurar la efectividad— del constitucionalismo, así como las garantías son la otra cara de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, es decir, sus condiciones normativas de efectividad.

Hoy estamos asistiendo a la crisis profunda del estado constitucional de derecho en sus dos dimensiones: en su dimensión formal o representativa y en su dimensión sustancial o garantista. Quiero entonces plantear, como conclusión de esta reflexión sobre la actualidad y los límites de la teoría del derecho de Hans KELSEN, una cuestión de fondo, que concierne al estado de nuestras disciplinas. La teoría pura del derecho como teoría pura o formal en el sentido de KELSEN —en mi opinión, la teoría del derecho *tout court*— también debido a la influencia ejercida por importantes filósofos muy distintos entre sí como Uberto SCARPELLI, Giovanni TARELLO, Ronald DWORKIN, Carlos NINO, Robert ALEXY, Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO y José Juan MORESO, está ocupando un espacio siempre más marginal en los actuales estudios de filosofía del derecho, incluso de filosofía iusanalítica. Sin embargo, la filosofía analítica del derecho nació en Italia —piénsese tan solo en las enseñanzas de Norberto BOBBIO— de la opción conjunta por la filosofía del lenguaje y por la teoría general del derecho de Hans KELSEN. Hoy, por el contrario, la filosofía del derecho de las actuales generaciones está orientada en una dirección totalmente distinta, principalmente relacionada con la jurisdicción y con la metaciencia del derecho: con la teoría de la interpretación, la teoría de la argumentación, el análisis del lenguaje legal, de los jueces y de los juristas, el razonamiento moral y el jurídico, las relaciones entre derecho y moral.

Naturalmente no intento subestimar la enorme importancia de estos temas y sectores de investigación, los cuales por lo demás forman el objeto de disciplinas fundamentales —como la teoría de la interpretación, la teoría de la prueba, la teoría de la argumentación, el análisis de los usos lingüísticos de los juristas y de los operadores

del derecho— que, sin embargo, en mi opinión, son distintas y diferentes a la teoría del derecho en el sentido aquí ilustrado, es decir, como aparato conceptual capaz de dar cuenta de las estructuras formales de cualquier ordenamiento y del cual también estas distintas disciplinas pueden favorecerse. Mi preocupación es que esta mutación de los intereses y del objeto de estudio de la filosofía del derecho sea un reflejo de la más amplia crisis de la cultura jurídica y de su relación con la política y con nuestros sistemas políticos.

No se trata de una cuestión académica. En efecto, en mi opinión, la teoría del derecho constituye una premisa necesaria de la teoría de la democracia, precisamente gracias a las relaciones isomórficas a las que me he referido inicialmente entre las estructuras formales del derecho analizadas por ella y las estructuras institucionales de los sistemas políticos; en particular, entre las expectativas en las que consisten los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y las funciones y las instituciones de garantía implicadas e impuestas por ellas; entre las condiciones de validez de las normas y las condiciones de legitimidad democrática de los poderes públicos. Mi impresión es que el actual desempeño teórico y el sustancial desinterés de nuestros estudios por la teoría del derecho sea en parte provocado por la crisis actual de nuestras democracias constitucionales; que ello sea el signo y el efecto de la caída de la relevancia política de las ciencias jurídicas; que reflejan, en suma, el ocaso de la teoría del derecho como instrumento de construcción del artificio jurídico-institucional. Por lo demás, cada vez menos el lenguaje del poder y de la política es el lenguaje del derecho, reemplazado cada vez más por el lenguaje de la economía. Tengo, en suma, el temor de que esta marginalización de la teoría del derecho se corresponda con una abdicación a sus funciones críticas y proyectivas respecto al funcionamiento efectivo de nuestras democracias.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, C., 2011: *De los delitos y de las penas* [1766], trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.

BOBBIO, N., 1990: «Formalismo jurídico y formalismo ético» [1954], *Contribución a la teoría del derecho*, edición de A. Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres Editor.

CARNAP, R., 1978: *Indroduzione allá lógica simbólica* [1954], Florencia: La Nuova Italia.

FERRAJOLI, L., 2008: «Principia iuris. Una discusión teórica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31.

— 2011: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel (vol. I, *Teoría del derecho*, vol. II *Teoría de la democracia,* vol. III *La sintaxis del derecho*), Madrid: Trotta.

— 2011: *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, en P. DI LUCIA (ed.).

— 2011: *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano: LED.

— 2011: *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, en L. BACCELLI (ed.).

— 2012: *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino: Giappichelli.

— 2017: *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. al español de P. A. Ibáñez, Madrid: Trotta.

KANTOROWICZ, H. U., 1988: *Sulla sociologia del diritto* (1912), en H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. de A. Carrino, Napoli: Esi.

KELSEN, H., 1979: *Teoría general del derecho y el Estado* [1945], trad. de E. García Máynez, México: Universidad Autónoma de México.

— 2011: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid: Trotta.

— 2011: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtwissenschaftliche Problematik*. Primera edición, Viena: F. Deutricke, 1934, trad. de G. Robles Morchón y F. F. Sánchez. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica.* Presentación de G. Robles, Madrid: Trotta.

KELSEN, H.; BULYGIN, E., y WALTER, R., 2005: *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea.

LOSANO, M. C.; ZANICHELLI, M.; LUZZATI, C.; NITSCH, C., y PASSERINI, L., 2017: «Kelsen contra Kelsen», *Politeia*, XXXIII, núm. 127.

CONVENCIONALISMO JURÍDICO E INTELIGIBILIDAD DEL DERECHO. EL USO COMO ESPEJO DE LAS FUENTES SOCIALES EN LA TEORÍA JURÍDICA DE ANDREI MARMOR*

Pilar Zambrano

Universidad de Navarra
pzambrano@unav.es

RESUMEN. El debate acerca de la relación entre el derecho y otros órdenes axiológicos se ha focalizado, en términos generales, en la justificación de la obligatoriedad del derecho. En este trabajo abordamos este debate genérico desde la perspectiva alternativa de la inteligibilidad de las fuentes del derecho y la objetividad de la identificación judicial de las acciones productoras/modificatorias/extintoras del derecho. En esta línea, afirmamos la tesis de que la inteligibilidad de las fuentes sociales supone su conexión necesaria, no a un orden *normativo* previo —de principios y reglas deónticas—, sino a un orden *antropológico y axiológico* previo y, más precisamente, a una tipología *dada* —no convencional— de acciones intencionales.

Palabras clave: Rule of Law, inteligibilidad, Marmor, fuentes sociales, decisión judicial.

Legal Conventionalism and Intelligibility of the Law. The Use of Law as a Mirror to the Sources of Law in Andrei Marmor´s Legal Theory

ABSTRACT. The classical dispute over the autonomy or dependence of Law regarding other fields of human action has been largely focused on the relationship between Law and Morals and the justification of the obligatory nature of Law. In this paper we approach this discussion from the alternative point of view of the intelligibility of the sources of law and, particularly, of objectivity of the judicial identification of the institutional actions that produce/modify/extinguish the Law (the sources of Law). Along these lines, we argue that the intelligibility of the sources of Law entails a necessary connection between the Law, on the one hand, and a given anthropological-axiological order. More accurately, it entails a connection between the Law and a given —not conventional— typology of intentional action.

Keywords: Rule of Law, intelligibility, Marmor, sources of Law, judicial decision.

---

* Fecha de recepción: 12 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2018.

Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, España. Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación (2018-2020), «El código penal de 1995: Modelos de imputación de la sociedad de seguridad», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España. Agradezco a Juan Cianciardo, Julio Pohl, José Julián Suárez, Milani Vento, Cristina Hermida, Marta Albert y Juan Bautista Etcheverry, por las observaciones realizadas a una primera versión de este trabajo, que fueron incorporadas a la que ahora se publica. Agradezco especialmente a Lorenzo Peña por la oportunidad de presentarlo en la sesión del 16 de mayo de 2018 del ciclo de seminarios sobre derechos humanos del grupo JuriLog; y a Fabio Pulido por la oportunidad de discutirlo en la sesión del 15 de noviembre de 2018 del ciclo de seminarios de investigación iusfilosófica de la Universidad de la Sabana.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.02

1. INTRODUCCIÓN

La inteligibilidad, publicidad y prospectividad del Derecho son exigencias tan aceptadas del Estado de Derecho y del *Rule of Law* como difíciles de realizar a nivel judicial en nuestras prácticas jurídicas actuales[1]. Entre otras muchas razones que explican esta dificultad, destacan la denominada «pluralidad de fuentes» y el pluralismo moral que, como cuestión de hecho, caracterizan a nuestras actuales sociedades occidentales. El pluralismo de fuentes genera la obvia dificultad de anticipar, no ya qué normas aplicarán los jueces, sino también, y más ampliamente, con qué criterio identifican el conjunto de normas jurídicas que conforman el sistema jurídico vigente. Muestra de ello son los debates en torno a la juridicidad del denominado «*soft law*»; a la fuerza vinculante de las recomendaciones de los comités de Derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos para los Estados que no son parte del caso, etcétera[2].

Si a la pluralidad de fuentes se suma el hecho de que, como integrantes de una sociedad moralmente fragmentada, los jueces interpretan el derecho desde horizontes comprensivos no solo diferentes, sino también contradictorios, la inteligibilidad y la prospectividad del derecho se parecen hoy más a ilusiones, que a exigencias jurídico-políticas[3]. Por mucho que se cumpla con la exigencia de publicidad, poniendo la argumentación judicial al alcance de las partes afectadas y del público en general, esta argumentación resultará ininteligible —o cuanto menos jurídicamente infundada— para todo aquel que no comparta el criterio que se utiliza en la decisión para identificar el derecho vigente y, con ello, para formular las premisas normativas del razonamiento judicial.

En este contexto se advierte la necesidad de refinar el debate acerca de las condiciones generales de inteligibilidad/objetividad de la decisión judicial, focalizando el análisis en la parte de la decisión que identifica el derecho vigente y formula las premisas normativas del razonamiento jurídico[4]. Se trata de responder, en otras palabras, a la pregunta por las condiciones de objetividad/inteligibilidad del juicio mediante el cual se identifican las actos creadores/modificadores/extintivos del Derecho.

Con diferencias de matiz, la filosofía jurídica analítica contemporánea ha respondido a este problema con la tesis de las «fuentes sociales» que, parafraseando la famo-

---

[1] Las tres notas integran los ocho clásicos *desiderátums* del *Rule of Law* clásicamente formulados por Lon L. FULLER en 1969: capítulo II. La condición que aquí denominamos «inteligibilidad» es analizada en esta obra bajo el concepto de «claridad», definida como la «capacidad [de los enunciados legales] de ser comprendidos (*understood*) ya sea por los ciudadanos ordinarios o por los juristas expertos» (traducción libre al español, *id.,* 36).

[2] Sobre la notoria tensión entre el fenómeno del pluralismo de fuentes, el *soft law* y el *Rule of Law,* y las posibles vías de compatibilización, *vid.* E. PARIOTTI, 2017: 21-23.

[3] El pluralismo moral al que hacemos referencia fue clásicamente caracterizado en términos análogos por John RAWLS en J. RAWLS, 1993 [1996]: 33 y ss.

[4] Sobre la vinculación inescindible entre la pretensión de sistematicidad del Derecho, su inteligibilidad y su prospectividad, *vid.,* por ejemplo, F. CAROCCIA, 2017: 81-82. Sobre la identificación de las fuentes del Derecho como el resultado de un juicio que no siempre se problematiza ni hace explícito, pero que está necesariamente presupuesto en toda decisión judicial *vid.* P. ZAMBRANO, 2009: 69-70. En sentido parecido, apunta Ronald DWORKIN que toda decisión judicial presupone un «juicio de encaje» con el conjunto de fuentes existentes en cada práctica jurídica. *Vid.,* por ejemplo, R. DWORKIN, 1986: 65-68. Vale aclarar que DWORKIN no habla en rigor de «juicios», sino de etapas (*stages*) de la interpretación.

sa sentencia de QUINE, podría resumirse en lo que aquí denominamos «dos dogmas del convencionalismo jurídico»[5]. De acuerdo con el primer dogma, el hecho de que una comunidad reconozca a un conjunto de hechos como creadores/modificadores/extintores del derecho, es razón suficiente para que sean en efecto creadores/modificadores/extintores del derecho. Dicho muy sintéticamente, «el uso hace al derecho»: el conjunto de hechos que poseen la virtualidad de crear/modificar o extinguir derecho (la promulgación de una norma por el parlamento, la declaración de inconstitucionalidad, etc.) conforman una convención (esto es, una costumbre) social, sin referencia necesaria a un orden antropológico/axiológico previo, no convencional. El segundo dogma se sigue del primero, y ha sido formulado de forma mucho más explícita tanto por la filosofía jurídica analítica como por sus detractores. De acuerdo con este segundo dogma, «el contenido del derecho es tan convencional como el conjunto de hechos creadores del derecho»: las normas convencionalmente creadas carecen de conexión necesaria con un orden antropológico/axiológico previo, no convencional.

Con lo dicho hasta aquí se pueden distinguir dos sentidos en los que usamos en este trabajo la expresión «fuente social de derecho». «Fuente social de derecho» (FS1) hace referencia, en primer término, al conjunto de hechos institucionales que, en un determinado sistema jurídico, poseen la virtualidad de producir, modificar o extinguir normas jurídicas. En segundo lugar, «fuente social de derecho» hace referencia a las normas jurídicas creadas por medio de las FS1, esto es, el conjunto de valores, principios y reglas que, como cuestión de hecho, integran el sistema jurídico vigente en un determinado lugar, y los jueces están obligados a incluir en la fundamentación (aunque no necesariamente como fundamento único) de sus decisiones en un Estado de Derecho (FS2). Si volvemos sobre los dos dogmas del convencionalismo jurídico, podríamos decir que, para el convencionalismo jurídico, ni las FS1 ni las FS2 poseen una conexión necesaria con un orden de acción intencional dado[6].

Contra esta tesis, nos proponemos argumentar que, quizá paradójicamente, la inteligibilidad de las fuentes sociales en sus dos acepciones (FS1 y FS2) presupone una referencia a un orden antropológico y axiológico previo, *no social (no convencional)*. En otras palabras: ni las normas jurídicas ni los hechos capaces de crear/modificar/extinguir normas jurídicas pueden ser reconocidos *qua* tales por sus intérpretes, cuando carecen de toda referencia a un orden antropológico y axiológico dado, e intrínsecamente inteligible. En el contexto de los debates entre tradiciones iusfilosóficas, se trata de reformular el debate clásico acerca de la conexión-desconexión conceptual del derecho positivo respecto de cualquier orden *dado —no convencional—*. Este

[5] Nos referimos al clásico trabajo de W. V. O. QUINE, 1951: 20-43.

[6] La convencionalidad como nota característica tanto de las normas jurídicas (FS2), como de las acciones creadoras de normas (FS1), está implícita en la afirmación genérica de HART acerca de la naturaleza convencional del sistema jurídico, y la distinción dentro del sistema entre reglas primarias (el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de la población en general); y reglas secundarias (el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de producción y modificación tanto de las reglas primarias como de las secundarias), en H. L. HART, 1992: 80-81. KELSEN por su parte distingue de modo explícito entre las normas jurídicas, que conforman el objeto de estudio de la «teoría estática del derecho», y su proceso de producción, que constituye el objeto de estudio de «la teoría dinámica», afirmando en ambos casos su radical convencionalidad. *Vid.* H. KELSEN, 1960 [1981]: 83-84. Algo más recientemente, John GARDNER ha distinguido con toda claridad los dos dogmas, vinculándolos de forma explícita a la denominada «tesis de las fuentes sociales» del positivismo, en J. GARDNER, 2001: 208-209 y 218-221.

debate se ha focalizado, en términos generales, en la justificación de la obligatoriedad del derecho, contraponiendo las tesis de la autonomía a la tesis de la dependencia entre el derecho y un orden *normativo* previo, no convencional[7]. En este trabajo abordamos el problema genérico de la conexión/desconexión, no desde el punto de vista de la obligatoriedad del derecho, sino desde la perspectiva de su inteligibilidad y de su consiguiente capacidad para guiar la decisión judicial[8]. En esta línea, afirmamos que la inteligibilidad del derecho depende de su conexión, no a un orden *normativo* previo —de principios y reglas deónticas—, sino a un orden *antropológico y axiológico* previo y, más precisamente, a una tipología *dada* —no convencional— de acción intencional[9].

Afirmamos, en síntesis, que a mayor independencia o autonomía de las fuentes sociales respecto de un orden dado de acción intencional, menor es su inteligibilidad; menor su capacidad real de guiar la decisión del operador jurídico; y menor por tanto la prospectividad del Derecho. Paralelamente, a mayor independencia o autonomía de las fuentes sociales, mayor la filtración de criterios axiológicos no-jurídicos en la aplicación judicial del Derecho[10]. Aunque una defensa completa de esta tesis exigiría ponerla a prueba en relación con los dos dogmas del convencionalismo jurídico, por razones de espacio en este trabajo nos concentraremos únicamente en el primero. Nuestra tesis puede entonces acotarse a lo siguiente: «La inteligibilidad del juicio judicial que identifica a los hechos creadores del derecho *qua* hechos creadores del derecho, depende de su referencia a un orden de acción intencional no convencional, que como orden dado, integra el conocimiento compartido que hace viable la comprensión de cualquier práctica convencional, incluido el Derecho».

En vistas a sustentar esta tesis, analizaremos y pondremos a prueba el primer dogma del convencionalismo jurídico, tal como es asumido en la teoría del derecho de Andrei Marmor. El interés en analizar la teoría de Andrei Marmor radica en la clarividencia con la cual advierte la dificultad de conciliar los dos dogmas del convencionalismo jurídico con la inteligibilidad del derecho. No sería exagerado afirmar que Marmor, a diferencia de otros autores como Ronald Dworkin o el propio Hart, ha construido su teoría de la decisión judicial con plena conciencia del problema pero sin la voluntad de asumir que el costo de su superación es aceptar que no hay fuen-

---

[7] Entre otras muestras de este debate, *vid.* John Finnis apuntando la brecha lógica entre el hecho de la convergencia social en torno a un conjunto de normas, y la virtualidad de este hecho para generar obligaciones, en J. Finnis, 2011: 238-244. Desde las propias líneas del positivismo analítico, Frederick Schauer ha propuesto abandonar todo intento de justificar moralmente un derecho puramente convencional en F. Schauer, 2015: 93.

[8] Desarrollamos una línea análoga de análisis crítico con relación a la propuesta de John Gardner en V. Rodríguez Blanco y P. Zambrano, 2018: 31, 9-32.

[9] Por orden «axiológico», nos referimos a los bienes/valores cuya consecución motivan, a modo de fin de la acción, a *todo* hombre a obrar. La respuesta acerca de cuáles sean estos bienes presupone una concepción acerca de la naturaleza/modo de ser propio del hombre (de ahí la conexión entre orden antropológico y orden axiológico) y una concepción acerca de la estructura necesaria de toda acción humana (de ahí la concreción de un orden axiológico en un «orden dado de acción intencional»). Formulamos estas distinciones a partir del clásico trabajo de G. Grisez, 1965: 177-181. Es usual afirmar que toda interpretación jurídica —judicial o dogmática— conlleva alguna dosis de valoración «moral», sin distinguir dentro del contenido de esta valoración «moral» entre valores como motivación para obrar sin más, y valores con fuerza normativa. Solo a modo de ejemplo, *vid.,* en este sentido, Gardner, 2001; y la crítica a esta falta de distinción en V. Rodríguez Blanco y P. Zambrano, 2018: 17.

[10] Hemos desarrollado más extensamente este argumento en P. Zambrano, 2014: 423-445.

tes sociales (convencionales) puras, sin referencia alguna a una realidad no *social* (no convencional)[11].

Inicialmente (sección 2) se abordará el concepto de «inteligibilidad» como condición del Estado de Derecho y del *Rule of Law,* y su recepción en la teoría de MARMOR, a través de la distinción entre comprensión e interpretación. Seguidamente (secciones 3-4) describimos el concepto de MARMOR de convención social, como una síntesis de acciones convergentes, reglas, razones y arbitrariedad. Se aplica luego este esquema a la identificación judicial de las FS1 (sección 5). A continuación (secciones 6-7) se desarrollan dos objeciones contra la pretensión de MARMOR de la objetividad del juicio judicial de identificación de las FS1 y del sistema jurídico válido y vigente. En las secciones 8-9 se presentan y desarrollan dos reglas de inteligibilidad que sustentan las dos objeciones mencionadas, usando algunas de las categorías propuestas por Elisabeth ANSCOMBE, Germain GRISEZ, Alfonso GÓMEZ LOBO, John FINNIS, Martin RHONHEIMER y Verónica RODRÍGUEZ BLANCO. Se enuncia luego y desarrolla la tesis de que la inteligibilidad de las FS1 depende de su nivel de racionalidad compartida —no, en cambio, de su razonabilidad— (secciones 10-11). Para concluir (sección 12), argumentamos que la tesis del uso social como fuente exclusiva y excluyente de inteligibilidad del Derecho es compartida por gran parte de la filosofía jurídica, la dogmática y la práctica judicial contemporánea. Apuntamos contra esta tesis generalizada que el uso es una fuente necesaria, pero nunca suficiente, de inteligibilidad del Derecho.

2. LA INTELIGIBILIDAD COMO CONDICIÓN DE PUBLICIDAD Y PROSPECTIVIDAD DEL DERECHO

Entre las condiciones del Estado de Derecho y/o del *Rule of Law*, una principal es el ajuste de toda acción de gobierno al principio de legalidad. Esto es, la exigencia de que toda acción de gobierno esté fundada en «derecho», o lo que es lo mismo en este contexto, en el conjunto de valores, principios y reglas que, como cuestión de hecho, conforman el sistema jurídico vigente (FS2). Esta fundamentación en derecho posee a su vez sus propias exigencias. No cualquier valor, principio o regla, por muy razonable que sea, sirve para fundar jurídicamente una acción de gobierno. Aunque parezca redundante, el derecho en cuestión debe ser el derecho vigente: esto es, el derecho que ha sido producido como «derecho» por las instituciones legalmente habilitadas, mediante los hechos legalmente señalados como apropiados para crear, modificar o extinguir derecho (FS1)[12].

---

[11] En los términos en que usamos la expresión «convencionalismo jurídico» en este trabajo, Ronald DOWRKIN no se distingue del positivismo analítico. Si bien afirma de modo insistente la conexión entre Derecho y moral, también afirma con igual insistencia que la moral a la cual se conecta el Derecho es convencional. *Vid.*, entre muchos otros sitios, R. DWORKIN, 2006: 226 (señalando su no-realismo contra la interpretación de Micheal S. GREEN en M. S. GREEN, 1897); y 1986: 72-86.

[12] Más allá del debate en torno a si el Estado de Derecho y el *Rule of Law* (y dejando a salvo los diferentes orígenes de uno y otro concepto) contienen exigencias sustantivas además de las formales, la exigencia formal de legalidad —el gobierno de las leyes por oposición al gobierno de los hombres— es sin lugar a dudas el elemento central en ambos sistemas. *Vid.* I. TRUJILLO, 2015: 164. FERRAJOLI señala que el derecho «vigente» es la fuente necesaria e indiscutida de toda decisión judicial en un Estado de Derecho, y define al «derecho vigente» como el conjunto de enunciados normativos legislativos. Asimismo, distingue el «derecho vigente»

En segundo lugar, la relación de fundamentación debe ser inteligible, esto es, comprensible o accesible al razonamiento del público en general o, como mínimo, de los principales afectados por la acción de gobierno. Tercero, además de inteligible, la fundamentación en derecho de las acciones de gobierno debe ser pública. Esto es, debe ser puesta en conocimiento, sino del público en general, al menos, una vez más, de los principales afectados por ella[13]. Así definidas, la inteligibilidad y la publicidad son exigencias aplicables a toda clase de acción de gobierno sin distinción. Cuando la acción es el resultado de una decisión judicial, se agrega la exigencia de que la fundamentación en derecho sea explícitamente argumentada. Entre las muchas razones que explican esta exigencia adicional de argumentación en el plano judicial, quizá la más relevante sea el hecho de que las decisiones judiciales se proponen resolver controversias acerca del modo válido de interpretar el derecho vigente, y de aplicarlo a los hechos en disputa. En cualquier caso, cuando la conexión de una decisión judicial con el derecho vigente se argumenta de forma consistente, se cumple con una tercera exigencia del Estado de Derecho y del *Rule of Law:* la prospectividad del Derecho. En tal supuesto, podrá afirmarse que los hechos del caso fueron valorados en la decisión «de acuerdo a derecho», y que el mandato judicial se ha formulado «de acuerdo a derecho». Si las decisiones y mandatos judiciales se fundaran en valores, principios y reglas que solo fueran inteligibles para el juez, serían imprevisibles y, en consecuencia, retroactivas para las partes directamente afectadas. Lo mismo ocurriría si, aun fundándose la decisión judicial en el derecho vigente, la relación de fundamentación fuera incomprensible, y/o careciera de toda argumentación[14].

Recapitulando, una decisión judicial puede considerarse «públicamente fundada en derecho» y «prospectiva», cuando ofrece una argumentación consistente de su derivación a partir del conjunto de FS2 que han sido incorporadas al sistema jurídico por medio de las FS1, antes de que tuvieran lugar los hechos del caso. El que esta argumentación sea posible presupone, claro está, que tanto las (FS2), como los hechos institucionales que las crean/modifican/extinguen (FS1), son inteligibles para el juez y para el público relevante. La argumentación de la juridicidad de la decisión es posible, en otras palabras, cuando el juez y las partes comparten el conocimiento tanto de las FS1 como de las FS2. Más aún, este conocimiento compartido constituye el punto de partida de la argumentación de toda decisión judicial, que como todo punto de partida se asume sin poner en discusión[15].

---

del «derecho viviente», que sumaría al derecho vigente la práctica de su interpretación judicial, en L. Ferrajoli, 2016: 24. En este punto usamos la expresión «derecho vigente» en sentido amplio, incluyendo también al «derecho viviente».

[13] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy explícito en afirmar que la expresión «de acuerdo a derecho» no solo requiere que las medidas restrictivas de la libertad individual tengan alguna base en el derecho interno, sino que además sean accesibles a la persona afectada, y formuladas en términos lo suficientemente precisos para que la persona pueda prever sus efectos» (*vid.,* entre otros, ECHR, *Landvreugd vs. The Netherlands,* 4 de junio de 2002, 54; *Maestri vs. Italy*, 17 de febrero de 2004, § 30). Las exigencias de precisión, accesibilidad y previsibilidad fueron recogidas también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *López Mendoza vs. Venezuela,* § 199.

[14] Ferrajoli señala, en este mismo orden de ideas, que el principio de legalidad exige que las decisiones judiciales sean argumentadas en torno al valor de «verdad», entendiendo por «verdad» la adecuación al derecho vigente, L. Ferrajoli, 2016: 33.

[15] La necesidad lógica de un «conocimiento compartido» en toda comunicación y discusión fue clásicamente puesta de manifiesto por Aristóteles, entre muchos otros sitios, en *Ética a Nicómaco,* Libro I, § 7. Es

De lo dicho puede concluirse que la inteligibilidad del Derecho es una condición, en primer término, del conjunto de hechos institucionales que conforman las FS1. Solo si estos hechos son inteligibles/reconocibles, puede el juez identificarlos como FS1, esto es, como hechos creadores/modificadores/extintores de las FS2, y además argumentar de forma objetiva su condición de tales. En segundo orden, la inteligibilidad es una condición de las FS2 consideradas en sí mismas, antes de su uso judicial para resolver disputas concretas. En este sentido, podría decirse que la inteligibilidad del Derecho es la inteligibilidad del discurso jurídico y, más precisamente, la virtualidad del discurso jurídico de servir como vehículo de comunicación. Tercero, la inteligibilidad es una condición de la parte del razonamiento judicial que identifica al sistema jurídico vigente, esto es, el juicio mediante el juez identifica a un conjunto de hechos institucionales *qua* FS1, y un conjunto de valores, reglas y principios *qua* FS2. Cuarto, la inteligibilidad es una condición de la parte del razonamiento judicial que utiliza las FS2 para valorar el mérito jurídico de los hechos del caso, y para formular el imperio judicial. En los dos primeros sentidos, podría hablarse de la inteligibilidad estática del Derecho. En los otros dos, de inteligibilidad aplicada.

La inteligibilidad estática del derecho en todas sus dimensiones (FS1, y FS2) es, en fin, algo más que una exigencia entre otras del Estado de Derecho y del *Rule of Law.* La inteligibilidad estática es la condición lógica de posibilidad de la publicidad del Derecho —lo que no es en sí mismo comprensible, menos aún puede serlo para todos—; de la inteligibilidad aplicada, y consecuentemente de la prospectividad del Derecho, que resulta, como ha quedado dicho, de la inteligibilidad aplicada.

3. LAS CONVENCIONES SOCIALES COMO ARBITRARIEDAD ACOTADA POR REGLAS Y RAZONES

Andrei MARMOR sostiene que tanto el contenido sustantivo del derecho vigente (FS2) como las convenciones sociales que lo crean (FS1) son arbitrarios en el siguiente sentido: carecen de una conexión conceptual necesaria con las razones que justifican la existencia del Derecho en su totalidad. MARMOR no niega que existan razones que justifican la existencia y la obligatoriedad del Derecho. Lo que niega es que estas razones determinen el contenido tanto de las FS1 como de las FS2. Más concretamente, defiende lo que denomina una «concepción crítica no instrumental» del Derecho, según la cual ni el conjunto de parámetros axiológicos que utilizan los jueces para resolver casos (FS2), ni los hechos institucionales (FS1) que crean estos parámetros están conectados de manera *necesaria* con un orden axiológico y normativo previo, no convencional[16].

MARMOR considera, asimismo, que la arbitrariedad así entendida es compatible tanto con la inteligibilidad estática como con la inteligibilidad aplicada de las fuentes.

---

también un punto no discutido en la filosofía del lenguaje analítica del siglo XX. *Vid.,* al respecto, F. CONESA y J. NUBIOLA, 1999: 170.

[16] A. MARMOR, 1992 [2005]: 163. Como ha señalado ETCHEVERRY, el positivismo analítico heredero de HART acepta en general que no hay descripción posible de las prácticas sociales convencionales —y del Derecho en particular— sin una valoración metodológica previa, acerca del modo más fiel de describir. Niega, sin embargo, que esta valoración metodológica tenga implicancia alguna sobre el contenido sustantivo del Derecho. *Vid.* J. B. ETCHEVERRY, 2013: 379-410.

En *Interpretation and Legal Theory* [1992] (2005) arguye, contra DWORKIN, que ni la determinación del sentido abstracto de las fuentes jurídicas (FS2), ni su aplicación a casos concretos en la decisión judicial, incluyen de forma necesaria una creación conceptual por parte del intérprete. El argumento se asienta sobre una distinción radical entre la comprensión y la interpretación, como dos modos distintos, aunque conexos, de comunicación. La comprensión (*understanding*) de cualquier discurso es el resultado de conocer y saber usar las reglas semánticas, gramaticales y discursivas que determinan el significado de los enunciados. La interpretación, en cambio, es excepcional y parasitaria de la comprensión. Opera únicamente en aquellos espacios en los cuales la combinación de estos tres tipos de reglas (semánticas, gramaticales y discursivas) arroja como resultado un significado indeterminado. En estos supuestos excepcionales de indeterminación (*under-determination*), el intérprete no se limitaría a *usar* las reglas del lenguaje, sino que además las reformula o transforma, normalmente —aunque no necesariamente— teniendo en cuenta la finalidad o propósito de la práctica social en la que se contextualiza el discurso[17].

Más tarde, en *Social Conventions* (2009), aplica su análisis de la comprensión como límite a la interpretación creativa al problema más amplio de la identificación de las acciones que integran las convenciones sociales en general. En este segundo nivel de análisis, que es especialmente aplicable a las FS1, MARMOR sustituye el concepto de interpretación creativa por el de «arbitrariedad». Arguye así que toda práctica social convencional surge como respuesta a razones para la acción, y está conformada por reglas que, si bien son arbitrarias en su contenido, son objeto de una comprensión relativamente uniforme. Afirma, en otras palabras, la inteligibilidad estática de las FS1[18].

Sostiene MARMOR, más precisamente, que toda convención se estructura en torno a los siguientes elementos:

i) Una conducta reglada y coincidente: una población Y que sigue un conjunto X de reglas en determinadas circunstancias.

ii) Una razón para realizar la conducta reglada X: existen razones A por los cuales los miembros de la población Y ajustan su conducta a X.

iii) La arbitrariedad de X: si la población Y hubiera seguido un patrón de conducta X2 en las mismas circunstancias en las cuales, como cuestión de hecho, adoptó X; entonces los miembros de Y tendrían razones para seguir X2[19].

Para que exista convención es preciso que exista: i) un uso convergente de reglas que dan forma y/o regulan las acciones que conforman una práctica social X (el

[17] A. MARMOR, 1992 [2005]: 58. La diferenciación entre comprensión e interpretación aplicada tanto al lenguaje como al resto de prácticas sociales convencionales, manifiesta como preocupación de fondo el problema del regreso al infinito de interpretaciones, y una solución que podría expresarse en los siguientes términos: si bien la creatividad interpretativa es una dimensión inevitable de toda práctica social, no es, en cambio, una dimensión inevitable de todo modo de participación en una práctica social. La creatividad interpretativa, que es excepcional, opera siempre sobre un piso firme de «comprensión» no creativa de las reglas preexistentes. No sería exagerado afirmar que su teoría de la adjudicación judicial se desarrolla en torno al modo de resolverlo sin abandonar de forma definitiva el dogma convencionalista. El título mismo de la segunda obra revela la tradición de la que se sabe parte, el problema que pretende superar, y los costos que *no* está dispuesto a pagar para hacerlo. Para un estudio reciente sobre la inevitable caída en el regreso al infinito de las metodologías interpretativas convencionalistas, *vid.* L. LAISE, 2017.

[18] A. MARMOR, 2009: 2 y ss.

[19] *Ibid.*

lenguaje, el derecho, la expresión artística, el juego, etc.), y ii) una razón para el uso convergente de las reglas que uniformizan la práctica X. El contenido de las reglas que dan forma a la práctica convencional es, sin embargo, arbitrario en el sentido iii). En efecto, si bien las convenciones surgen como respuesta a una necesidad dada —no arbitraria— de que existan reglas uniformes para un cierto tipo de acción social; el contenido de las reglas que satisfacen la necesidad de convergencia es arbitrario. Las tres condiciones son, en fin, necesarias y suficientes para que surja una convención propiamente dicha y pretenden, en conjunto, expresar la intuición de que «si una norma es convencional, podríamos haber tenido una norma diferente, alternativa, para el mismo propósito»[20].

Las reglas convencionales pueden a su vez dividirse en dos grandes tipos, según cuál sea su nivel de proximidad sustantiva con las razones subyacentes que explican su aparición. Las reglas que conforman las convenciones sociales «profundas», en palabras de MARMOR, «*tienden a aparecer* como respuestas normativas a aspectos sociológicos y quizá psicológicos del mundo que *realmente* requieren estas respuestas»[21]. Las convenciones superficiales son determinaciones de las convenciones profundas y no, en cambio, de las razones. Esta diferencia explica otras cuatro diferencias importantes. En primer término, que las convenciones superficiales sean mucho más cambiantes y locales que las convenciones profundas. Segundo, que mientras las convenciones superficiales son esencialmente arbitrarias en su contenido respecto de las razones que explican su existencia, la arbitrariedad de las convenciones profundas es menor. Tercero, que la descripción del contenido de las convenciones profundas «precisa de una relación más cercana» con las razones que generan su aparición, que en el caso de las superficiales. En cuarto y último lugar, las reglas convencionales profundas hacen que la práctica sea lo que es, y no otra cosa. Son pues reglas «constitutivas», y no meramente «regulativas», como ocurre con las convenciones superficiales[22].

4. CONDICIONES COGNITIVAS Y MOTIVACIONALES PARA PARTICIPAR DE UNA PRÁCTICA CONVENCIONAL. LAS ACCIONES COMO ESPEJO DE LAS REGLAS

Desde el punto de vista cognitivo, es capaz de participar de una práctica convencional —en sus dos niveles, profundo y superficial— quien sabe usar sus reglas, y de hecho las usa para moldear su conducta. Este «saber usar» sintetiza tres condiciones cognitivas: primero, ser consciente de la existencia de la regla; segundo, ser consciente de que se usa la regla para moldear la propia conducta; tercero, saber cómo ajustar la propia conducta a la regla —tener las habilidades necesarias para obrar de acuerdo con la regla—. Saber usar una regla no es saber expresar o formular su contenido; ni mucho menos justificarla en función de su relación sustantiva con las razones morales que explican la participación de la práctica en su conjunto[23].

---

[20] *Id.,* 13.
[21] *Id.,* 73. La traducción y la cursiva son nuestras.
[22] *Ibid*. La traducción es nuestra.
[23] *Id.,* 67-68.

Desde el punto de vista motivacional, se puede distinguir entre el motivo general que nos mueve a participar de prácticas convencionales, y el motivo concreto para seguir cada una de las reglas —superficiales y profundas— que la integran. El motivo general para participar de una práctica convencional podría expresarse del siguiente modo: «el mejor —o único— modo de responder a tal o cual necesidad sociológica y/o psicológica es ajustando mi conducta a las reglas que constituyen y regulan tal o cual práctica social». Así, por ejemplo, podríamos decir que «el mejor —o único— modo de responder a la necesidad sociológica y psicológica de solucionar conflictos sin violencia, es ajustando mi conducta a las reglas que constituyen y regulan el Derecho». Este motivo general es lo que MARMOR conceptualiza como «razón» de las convenciones, dada su naturaleza categórica, objetiva y universal[24]. El motivo para seguir las reglas jurídicas concretas del Derecho vigente en mi comunidad, en cambio, no es la advertencia de su conexión sustantiva con la razón para actuar consistente en «erradicar la violencia», sino el hecho de que la gente en general pretenda erradicar la violencia, en mi comunidad, ajustando su conducta a Derecho[25].

Los tres niveles de análisis —razón, convención profunda, convención superficial— son solo eso: tres niveles de análisis. En el plano existencial lo que comparece al observador no son ni las reglas convencionales profundas ni las razones profundas para la existencia de las reglas convencionales; sino las conductas convergentes, informadas por reglas convencionales superficiales. La existencia y el contenido de las reglas convencionales superficiales se induce o abstrae a partir de la observación de las conductas convergentes; la existencia y el contenido de las reglas convencionales profundas se induce o abstrae a partir de las reglas convencionales superficiales; y la motivación generalizada en la práctica de dar respuesta a las razones, se induce o abstrae a partir de la existencia y del contenido de los dos niveles de convenciones[26]. Desde la perspectiva del agente que desea/quiere/elige ajustar su conducta a una práctica, esta unidad existencial y epistemológica entre conductas, reglas y razones se traduce en la obvia necesidad de abstraer los distintos niveles de reglas convencionales a partir de la observación de las conductas.

La regla convencional —y más concretamente la conducta imperada por la regla— no se le revela al agente a través de una suerte de reflexión acerca de la naturaleza de las razones para actuar. La única fuente de conocimiento de las reglas convencionales es el conjunto de acciones que como cuestión de hecho se ajustan a ellas en el nivel «superficial» y mediante (y en la medida de) este ajuste las revelan al observador

El uso del derecho como espejo y criterio de identificación judicial de las FS1: Cabe en este punto aplicar el esquema descrito al problema de la identificación judicial de las FS1, en vistas a determinar si es compatible con la pretensión de inteligibilidad estática y dinámica del *Rule of Law*. Cabe preguntarse, en otras palabras, en qué medida los hechos creadores, modificadores o extintores de Derecho son inteligibles, y cuál es el nivel de objetividad del juicio judicial de identificación de estos hechos, una vez que se asume que estos hechos —las FS1— son convencionales en el sentido descrito por MARMOR.

---

[24] *Id.,* 153-154.
[25] *Id.,* 11 y 170.
[26] *Id.,* 63-64.

Aplicando el esquema a un caso imaginario donde:

— **Y** es un decreto reglamentario del poder ejecutivo que establece que los ciudadanos deben pagar el impuesto anual a la renta entre el 15 y el 16 de junio de cada año, en las oficinas públicas habilitadas al efecto.

— **Z** es la norma del congreso, que delega en el poder ejecutivo la fijación de fechas y lugares de pago del impuesto anual a la renta.

— **X1** es un ciudadano que argumenta que tanto **Z** como (por extensión) **Y** son formalmente inválidas, porque el Congreso no está habilitado para delegar en el poder ejecutivo nada en materia tributaria.

El juez (**X2**) está llamado a dirimir si las FS1 de la práctica jurídica de **X1** atribuyen al poder legislativo: *a)* un poder excluyente de determinación de las obligaciones tributarias de los ciudadanos o, en cambio, *b)* un poder primario pero no excluyente, que incluye la capacidad de delegar en el poder ejecutivo aspectos accidentales del pago de impuestos, como la fijación fechas y lugares de pago. **X2** está llamado a identificar y delimitar la extensión del poder creador, en otras palabras, de un tipo específico de FS1: la promulgación de normas impositivas por parte del poder legislativo.

Si **X2** actúa motivado por el respeto al *Rule of Law* y, más concretamente, por la razón **RL**: «Es bueno/obligatorio utilizar el derecho vigente como única fuente de conocimiento», debería resolver esta cuestión atendiendo de forma excluyente al modo en que su práctica jurídica ha tipificado las FS1 en respuesta a **RL**. De acuerdo con las condiciones cognitivas y motivacionales de participación en una práctica convencional, esto supone: *a)* resolver el conflicto motivado por **RL**; *b)* identificar el conjunto de acciones jurídicas que su comunidad ha creado en respuesta a **RL**; *c)* identificar, dentro de este conjunto, las acciones «creadoras/modificadoras/extintoras del derecho» (las FS1); i) identificar las reglas que constituyen y regulan las FS1, ii) ser capaz de usar estas reglas en su decisión.

Supongamos que **X2** advierte que, desde que **Y** fue promulgada tres años atrás, los ciudadanos se dirigen a pagar el impuesto a la renta a las oficinas públicas habilitadas a este efecto por **Y**, todos los 15 y 16 de junio. Si **X2** agudiza aún más la observación, verá que los ciudadanos no han pagado el impuesto a la renta siempre en estas mismas fechas y lugares, sino solo desde que **Y** fue promulgada (tres años atrás). Durante los años previos a la promulgación de **Y**, los ciudadanos pagaban el impuesto anual a la renta en las fechas y lugares señalados por el decreto **Y2**, cuya motivación, al igual que la motivación de **Y**, hacía referencia a la delegación efectuada por la norma **Z** (que fue promulgada hace cincuenta años). Extendiendo la observación en el tiempo hasta la promulgación de **Z**, el juez observa que los ciudadanos han pagado de manera generalizada en las fechas y lugares señalados por los sucesivos decretos reglamentarios **Y3**, e **Y4**, todos los cuales hacían referencia en su motivación a la norma **Z**.

Como resultado de esta observación, **X2** concluirá que, en lo que a la ciudadanía concierne, existe actualmente una convergencia en la acción de ajustar su conducta a **Y**, esto es, pagar el impuesto en las fechas y lugares señalados por **Y**. La obediencia generalizada de los ciudadanos a las sucesivas normas **Y**, **Y2**, **Y3**, e **Y4**; permitirá a **X2** concluir que también existe una convención algo menos superficial —y por ello más estable en el tiempo— de reconocer la autoridad del poder ejecutivo para la fijación de

lugares y fechas para el pago del impuesto anual a la renta. Si **X2** agudiza un poco más la observación, verá que en casos análogos donde se han cuestionado las atribuciones del poder ejecutivo en materia tributaria, los jueces de su comunidad han enunciado de forma reiterada y constante el principio de legalidad en materia tributaria, según el cual el poder de fijar impuestos le corresponde al Congreso.

Si el juez **X2** proyectara todavía más en el tiempo y en el espacio su observación, incluyendo también a la argumentación judicial en otros sistemas del *common law*, podría inferir la existencia de una regla estable y generalizada, del tipo «en los sistemas políticos occidentales y herederos del *Bill of Rights* inglés, quien quiera contribuir al gasto común deberá hacer lo que impere el parlamento al respecto». Podrá incluso identificar que el principio de legalidad en materia tributaria es usado en la argumentación de los jueces que ejercen funciones en la gran mayoría de los sistemas continentales de occidente. Concluiría, en fin, que el principio de legalidad es una convención profunda relativa a la organización de las FS1 en materia de determinación de cargas tributarias, propia de todo sistema constitucional, sea continental o del *common law*.

Recapitulando, **X2** ha observado las siguientes acciones: la conducta generalizada de los ciudadanos ajustada a **Y**; la expresión de motivos en los decretos reglamentarios **Y**, **Y2**, **Y3** e **Y4**; la argumentación de otros jueces en casos análogos en su propia comunidad; y la argumentación de otros jueces en casos análogos en otras jurisdicciones. La conducta generalizada de los ciudadanos le permitió inferir la existencia de la convención superficial (en esta parte de la población), consistente en reconocer el *status* de FS1 a los decretos del poder ejecutivo que fijan lugares y fechas para el pago del impuesto a la renta. Las expresiones de motivos en **Y**, **Y2**, **Y3** e **Y4** le permitieron inferir la existencia de la convención superficial que atribuye el *status* de FS1 a la reglamentación del poder ejecutivo en materia tributaria; y más ampliamente, a los actos del Congreso de delegación de poder reglamentario en esta misma materia. La argumentación judicial en el seno de su propia comunidad y en otras comunidades jurídicas le permitieron inferir, finalmente, que existe una convención profunda común a los sistemas continentales y del *common law,* por la cual el poder legislativo es el titular primario de la facultad de crear impuestos.

Solo en el nivel de las convenciones profundas *normalmente* se da —aunque no necesariamente— una relación sustantiva con las razones que justifican la existencia de la práctica en su conjunto. Por ello, podría agregarse que, a partir de la relación sustantiva que **X2** advierte entre **RL** y el principio de legalidad en materia tributaria, puede confiar en que, no solo el principio de legalidad, sino también el resto de las normas convencionales más o menos superficiales identificadas, constituyen, en su conjunto, una respuesta a **RL**.

Una argumentación completa acerca de la validez de **Y** debería pues comenzar por una argumentación fáctica de la existencia de las acciones descritas; continuar con un argumento acerca de las convenciones superficiales y profundas que regulan estas acciones; y acabar señalando la conexión, en el nivel de la convención más profunda relativa al principio de legalidad tributaria, con **RL**. Esta argumentación será además comprensible y por lo mismo compatible con la exigencia de inteligibilidad dinámica del *Rule of Law*, en la medida en que el público relevante —las partes del caso, la comunidad jurídica, como mínimo—, comparta con **X2** el criterio de identificación

de las acciones que responden a **RL**; el criterio de inferencia de reglas superficiales y profundas a partir de estas acciones; y el criterio de conexión entre **RL**, y las reglas profundas y superficiales.

5. OBJECIÓN 1: LAS RAZONES NO SE MANIFIESTAN EN LA ACCIÓN

La secuencia epistémica descrita por MARMOR presenta una serie de dificultades que, en su conjunto, se originan en un análisis deficiente de la naturaleza y la extensión del «conocimiento compartido», que torna viable tanto la individuación/comprensión de las acciones convencionales, como la argumentación de esta comprensión.

El primer déficit de la secuencia cognitiva descrita es la falta de sustento de la elección de un conjunto de acciones, y no otras, como fuente primera, inicial, de la cadena de inferencias que van desde la identificación de la convención superficial **Y**, hasta **RL**. En efecto, **X2** eligió la acción de los ciudadanos que ajustaron su conducta a las sucesivas normas **Y**. Sin embargo, ¿no podría acaso haber elegido las omisiones de pagar, suponiendo que estas omisiones se pudieran comprobar de algún modo? Eligió asimismo la motivación expresada en los sucesivos decretos **Y**, ¿pero era esta motivación compartida por todo el espectro de la comunidad política del tiempo en que se promulgaron estos decretos?

X2 no ofrece razones para fijar los límites de la comunidad jurídica y para justificar quiénes dentro de esta comunidad tienen el poder de fijar la extensión del poder legislativo en materia impositiva. **X2** no explica cuáles qué acciones y de qué parte de la comunidad hay que imitar: ¿La ciudadanía, la comunidad judicial, los legisladores? ¿Qué parte dentro de cada grupo, en los —indefectiblemente mayoritarios— casos en los que no hay uniformidad?

El segundo problema es la inferencia de reglas convencionales profundas a partir de las acciones moldeadas por **Y** —discrecionalmente—, seleccionadas como relevantes para identificar a las FS1. La inferencia de las convenciones profundas a partir de las convenciones superficiales es difícilmente defendible a la luz de la arbitrariedad como nota definitoria del contenido de las convenciones. Cabe volver sobre la insistencia de MARMOR en que las acciones que conforman las prácticas convencionales no se ajustan en su forma ni al contenido de las reglas convencionales profundas ni, mucho menos, a las razones subyacentes que explican la existencia de la práctica en su conjunto. Solo en el nivel de las convenciones superficiales emerge la forma de la acción y, *viceversa*, la acción solo revela/muestra/manifiesta las reglas que le dan forma, esto es, las reglas convencionales superficiales. Si esto es así, lo primero que cabe apuntar es que las acciones no revelan ni pueden revelar el contenido de las reglas convencionales profundas ni el contenido de las razones subyacentes —que vale insistir—, se limitan a motivar la acción sin determinar su forma.

En este orden de ideas, **X2** podría identificar, como mucho, la convergencia en la acción de un conjunto de jueces de formular enunciados del tipo «todo ciudadano tiene la obligación de pagar el impuesto a la renta, según lo establecido en **Y**», o de formular mandatos del tipo «el ciudadano X debe pagar $$$ en concepto de impuesto a la renta». O bien, identificar la convergencia en la acción de un conjunto amplio de

ciudadanos de dirigirse a las oficinas públicas para pagar el impuesto a la renta en una época del año y en las oficinas públicas señaladas en **Y**.

Ahora bien, de la nuda convergencia de los ciudadanos en el hecho de pagar, y de la nuda convergencia de los jueces en el hecho de formular este tipo de enunciados, podría a lo sumo derivarse, según lo dicho hasta aquí, la convergencia en la acción de validar **Y** como FS1 superficial. No puede en cambio derivarse la existencia de una convergencia en torno a la convención profunda consistente en atribuir al parlamento el poder primario de dictar normas impositivas, y delegar en el poder ejecutivo la determinación de aspectos no esenciales de la obligación tributaria. Ello es así, porque el contenido de la convención superficial que otorga validez a **Y** carece —dada su intrínseca arbitrariedad— de relación sustantiva con el contenido de la convención profunda que atribuye al parlamento —y no al poder ejecutivo— la facultad de dictar normas impositivas.

Podría contraargumentarse que, precisamente porque las acciones revelan el contenido de las convenciones superficiales, revelan —aunque sea de modo opaco— el contenido de las convenciones profundas y de las razones subyacentes. Sin embargo, MARMOR es muy insistente en señalar que no solo la conexión entre convenciones profundas y razones subyacentes es arbitraria, sino también la relación entre convenciones profundas y convenciones superficiales. Las convenciones superficiales son tan arbitrarias en su contenido respecto de las convenciones profundas, como lo son estas respecto de las razones compartidas subyacentes (65). Desde esta perspectiva, pareciera que existe un corte epistémico insalvable —un abismo— entre el objeto o contenido de las reglas convencionales superficiales y las reglas convencionales profundas. En efecto, dice MARMOR que solo en el nivel de las convenciones profundas puede reconocerse *en la mayoría de los casos, pero no siempre,* una conexión sustantiva real con las razones para actuar.

Este corte conduce de forma directa al tercer, y más notorio, problema: no está justificada la identificación de la práctica en su conjunto como una práctica que responde a la razón **RL**. En el esquema de MARMOR **RL** se limita a motivar la creación y la obediencia de la convención superficial **Y**. Pero motivar no es dar forma. Motivar es, en todo caso, y a lo sumo, impulsar. En cuanto meramente «impulsora», la razón es incapaz de dar cuenta de la forma y del contenido **Y**. Es cierto que MARMOR suaviza, por así decirlo, el nivel de arbitrariedad de las convenciones superficiales, al presentarlas como concreciones posibles de las convenciones profundas y vincular el contenido sustantivo —y no meramente la motivación— de las convenciones profundas con las razones para la acción. De esta forma, por intermedio de las convenciones profundas, las convenciones superficiales participarían pues de una relación sustantiva con las razones para la acción. No obstante, MARMOR es muy claro en excluir toda conexión sustantiva indirecta con las razones subyacentes del proceso de cognitivo de identificación de las convenciones superficiales. Recordemos que la manera de ser justos es hacer/copiar lo que hacen quienes comparten la motivación **RL**.

Si **X2** no puede inferir a partir de la aceptación de **Y** la convención menos superficial de validar **Z**, ni la convención profunda de validar como FS1 el principio de legalidad tributaria; entonces el camino desde **Y** hasta **RL** se habrá cortado de forma definitiva. Como mucho, **X2** podrá *creer* en la sinceridad de los pocos agentes —ciu-

dadanos, jueces, autores de los decretos **Y—** que manifiestan los motivos de sus acciones; y además habrá de confiar en que el discurso de estos agentes es suficientemente comprensible como para no ofrecer espacio alguno para la creatividad interpretativa. En el caso de los jueces, habrá que creer en la afirmación de los (contados) jueces que expresan sus motivos para aplicar **Y**, y confiar también en que esta expresión de motivos es compartida por el conjunto de actores cuya acción convergente es relevante para crear las FS1 en su sistema jurídico.

La falta de inteligibilidad de la conexión entre las acciones y las razones no genera solo un problema argumentativo. Genera también un problema existencial para la práctica en su conjunto: pone en cuestión la existencia misma de una práctica común, ya que las prácticas se distinguen unas de otras no solo (ni tanto) por las reglas que las conforman, sino también por la razón que las arroja al mundo. Si no es posible afirmar la existencia de una conexión motivacional generalizada —indirecta, pero real— entre las reglas convencionales superficiales y una razón subyacente compartida («hacer justicia» o bien «coordinar autoritativamente la conducta») entonces, aún si pudiéramos identificar el contenido de las reglas, no podríamos asegurar que son reglas jurídicas.

6. OBJECIÓN 2: LAS REGLAS ARBITRARIAS NO SE MANIFIESTAN EN LA ACCIÓN

La arbitrariedad del contenido substantivo de las convenciones superficiales respecto del contenido de las convenciones profundas y de las razones subyacentes condujo a la conclusión de que solo en el nivel de las convenciones superficiales se imprime la forma de la acción y, *viceversa*, la acción solo puede revelar/mostrar/manifiesta las reglas que le dan forma, esto es, las reglas convencionales superficiales. Continuando ahora un poco más, cabe poner también en cuestión este último nivel de transparencia: ¿Es cierto que una regla puramente convencional —arbitraria— puede revelarse en las acciones a las que, en principio, les da forma? A la inversa, ¿qué hay en las acciones que permita a un observador externo, inferir la existencia de la regla superficial *arbitraria* que les dio forma, e individualizar así la naturaleza/el tipo de la acción como «acción de pagar», o «acción de cumplir una norma jurídica», o «acción de aprobar una delegación legislativa como FS1»?

Volviendo sobre el ejemplo del decreto reglamentario **Y**: ¿Qué es exactamente lo que nos permite inducir —o más bien abducir— lo siguiente?:

a) ¿Que un conjunto de ciudadanos dirigiéndose los 15 y 16 de junio a las oficinas públicas es un conjunto de personas «pagando el impuesto a la renta»?

b) ¿Que un conjunto de ciudadanos pagando el impuesto a la renta en las oficinas y días señalados en **Y**, es un conjunto de personas que conoce la existencia de **Y**, y actúa motivada por «cumplir con las obligaciones estatuidas en **Y**»?

c) ¿Que un conjunto de ciudadanos cumpliendo con las obligaciones estatuidas en **Y**, es un conjunto de personas otorgando validez a la norma **Z**, que delegó en el órgano ejecutivo el poder de crear **Y**?

Suponiendo que la motivación **RL** «cumplir con el derecho vigente» se manifestara en la acción de un conjunto relevante de agentes —lo cual ha quedado descartado

en el epígrafe anterior—, *¿qué parte de lo que hacen quienes obran con esta motivación es la que debemos imitar*? La respuesta de MARMOR es «observando». Observando llegamos a la conclusión de que, entre muchas otras cosas, la gente que quiere obedecer el derecho paga los impuestos a fin de mes.

Ahora bien, retrocedamos nuevamente y preguntémonos: ¿Qué parte de la manifestación exterior de las acciones convergentes es lo suficientemente reveladora del tipo de acción «pagar», y más precisamente, «pagar impuestos a fin de mes»? ¿Cómo podemos saber que la interpretación más probable que cabe inferir a partir de un conjunto de personas haciendo fila en una oficina pública en determinados días del mes es la de «pagar impuestos»? ¿No podríamos, en cambio, inferir que durante determinados días del mes la gente se junta para conversar alrededor de locales que llevan el emblema propio de las oficinas públicas? ¿O bien que durante los mismos días del mes la gente se junta para estirar el brazo en la ventanilla, y entregar billetes a un sujeto? ¿Hay acaso algo en la manifestación exterior de las acciones que sustente mejor una conclusión que otra?

Si la nuda observación de la manifestación exterior del obrar no es suficiente para inferir el tipo «pagar impuestos», es porque hay algo en el tipo que no se construye de forma arbitraria con el mero hacer social físicamente considerado. A fuerza de ser reiterativos, es preciso insistir, parafraseando a Hillary PUTNAM, que el juicio, esto es, el uso de los conceptos, «nunca es inocente»[27]. Lo cual en este caso es tanto como decir: el concepto o tipo de acción que el observador identifica/individualiza en el actuar social no brota de la nuda observación, sino que, al menos en alguna medida, es *previo* a la observación. Está, tanto en el obrar de la gente como en la inteligencia del observador. Más concretamente, en la «información pragmática» o «el conocimiento compartido previo» con la cual todo intérprete se aproxima a los hechos que pretende comprender. En caso contrario, el observador carecería de todo criterio para unificar los infinitos modos posibles de actualizar la acción de pagar impuestos; y discernir los aspectos de la acción convergente que son accidentales —la ropa que lleva puesta la gente, los temas sobre los cuales conversan, el sitio en que está localizada la oficina, etc.— de los aspectos que son esenciales en el tipo —entregar dinero en cantidades determinadas, a quién autoridad para recibirlo, en determinados plazos, etcétera—.

7. RI1: LAS ACCIONES SOLO PUEDEN REVELAR LAS ELECCIONES QUE LES DAN FORMA

Las objeciones planteadas a la propuesta de MARMOR acerca de la inteligibilidad o «comprensión» de las acciones que forman parte de una práctica social y, en particular, acerca de la inteligibilidad de la acción de crear/modificar/extinguir derecho (FS1), pueden hasta este punto resumirse en lo siguiente: (1) las acciones no pueden revelar las reglas y las razones que las impulsan, pero no les «dan forma»; (2) las acciones no pueden revelar reglas absolutamente arbitrarias; (3) si las razones subyacentes no dan forma a las acciones, no puede afirmarse que todos los participantes están realizando el

[27] H. PUTNAM y V. WALSH, 2007: 184-185.

mismo tipo de acción, aun cuando desde un punto de vista exterior pueda reconocerse algún grado de convergencia o uniformidad.

La contracara de la primera objeción es la siguiente regla lógica de inteligibilidad de las acciones (RI1):

> «A mayor influencia sustantiva de las reglas y razones subyacentes sobre las acciones, mayor es la capacidad de las acciones de revelar estas reglas y razones. *Viceversa,* a menor relación sustantiva entre conductas, razones y reglas, mayor es la opacidad de las acciones respecto de las reglas y razones que, al menos presuntivamente, las motivan —pero no les imprimen su forma—».

Como hace algún tiempo argumentó ANSCOMBE contra HUME, si las acciones son capaces de revelar algún tipo de regla son, precisamente, las reglas que les dan forma, en conjunción con las razones que justifican a las reglas. Si somos capaces de abstraer la regla según la cual «se debe saludar al entrar a una casa» es porque somos capaces de advertir un factor común —«un *logos*»— a los múltiples y diversos modos físicos —exteriores— de saludar[28]. Sin ahondar aún en qué pueda consistir este factor común o *logos*, cabe sí especificar algo más el sentido de la expresión «dar forma a una acción» en (RI1).

Tal como apuntó insistentemente Verónica RODRÍGUEZ BLANCO, tanto la filosofía analítica actual de la que MARMOR es tributario, como la filosofía no positivista en la que cabe incluir a Ronald DWORKIN, ha asumido acríticamente la teoría «dualista» de la acción esbozada de forma emblemática por DAVIDSON[29]. Según esta teoría, la acción posee una estructura dual de motivo interior + acción exterior, al cual se le aplican las categorías físicas de causa-efecto. Entre el motivo y la acción habría una relación de sucesión: a un cierto tipo o clase de motivo (la creencia en un resultado beneficioso, o la creencia en un deber, según los casos) le *sucede* normalmente como efecto un cierto tipo de acción. Los criterios de inteligibilidad de la acción humana no difieren en este esquema, pues, de los criterios de inteligibilidad que son aplicables a cualquier otro fenómeno físico. Se trata de identificar fenómenos que suceden regularmente a otros fenómenos que les preceden en el tiempo. En este caso, se trata de identificar la regularidad con la cual un tipo de acción le sucede/sigue a la aparición de un determinado motivo. Ahora bien, entre el motivo (la causa) y la acción (el efecto) no hay una relación de causalidad formal, sino, a lo sumo (HUME negaría también esto), una causalidad meramente material. El motivo, por así decirlo, se limitaría a «lanzar» al mundo la acción, sin imprimirle una forma específica[30].

Frente a esta concepción dualista, la concepción que aquí denominamos «unitaria», desarrollada fundamentalmente a partir de los trabajos de Tomás DE AQUINO, sostiene que si bien toda acción humana es analizable desde dos dimensiones, una interior y otra exterior, en el plano existencial toda acción es una unidad. El (¿mal llamado?) «acto exterior» no sería otra cosa que la *manifestación* exterior de un acto existencial único, cuya forma le viene dada por el (¿mal llamado también?) «acto interior». En su dimensión interior, la acción es una síntesis de juicios cognitivos y de actos de la volun-

---

[28] G. E. M. ANSCOMBE, «Rules, Rights and Promises», *Midwest Studies in Philosophy,* 1978: 321.
[29] *Vid.* V. RODRÍGUEZ-BLANCO, 2014: cap. 2; V. RODRÍGUEZ-BLANCO y P. ZAMBRANO, 2018: 24 y ss.
[30] *Vid.* D. DAVIDSON, 1963: 691 y ss.

tad que concluyen en la elección de un modo inteligible de realizar alguna dimensión de un bien humano básico[31].

El objeto de la elección *aquello que se elige hacer* es el elemento que informa a las acciones determinando su tipo, especie o naturaleza. Desde el punto de vista de la identidad de las prácticas sociales, esta conclusión supone coincidir con MARMOR en que las prácticas sociales están compuestas por el conjunto de acciones que se realizan como respuesta a la razón que justifica la existencia de una práctica social en su conjunto. Por mucho que una conducta se ajuste, desde una mirada externa, a las reglas que constituyen una práctica, la conformidad externa con las reglas no es suficiente para afirmar que tales acciones forman genuinamente parte de la práctica. Desde el punto de vista de la naturaleza de la respuesta del participante a las razones que justifican la práctica, diferimos con MARMOR en el siguiente sentido: una razón que motiva o impulsa a obrar, pero que no imprime su contenido en la elección del agente, no tipifica la acción del agente. Contrariamente, puede decirse que una acción «es participar» de una práctica únicamente cuando las razones que justifican a la práctica están, en alguna medida, contenidas en la elección del agente.

8. RI2: LAS ACCIONES SOLO PUEDEN REVELAR ELECCIONES (Y REGLAS) RACIONALES

El objeto de la elección es lo que determina la especie/tipo de las acciones. Puede decirse que un sujeto «va al cine», si «elige ir al cine». De otro modo, aunque se dirija en esa dirección e incluso entre en el recinto del cine, no diríamos que el sujeto «va al cine», sino que «fue llevado al cine», o bien que se perdió yendo al teatro. Ahora bien, ¿qué es exactamente lo que constituye a la acción «ir al cine» en un tipo de acción inteligible —y por ello mismo elegible— tanto para el propio agente como para terceros?

En una visión unitaria de la acción, las razones subyacentes son la fuente última de inteligibilidad de las elecciones, tanto para el propio agente como para el observador externo. Lo que tiene de inteligible (y apetecible) la elección (de la acción) «ir al cine» es la capacidad de este tipo de acción de realizar alguna —o más de una— dimensión de una capacidad humana (conocer/contemplar; la amistad/trabajar/descansar del trabajo, etc.), que —ante la inteligencia del agente— se presenta como «razón» para la acción (de ir al cine). Toda acción pone en acto (instancia) una razón para la acción, y es esta posibilidad de «instanciación» lo que, en primer lugar, torna inteligible a la

[31] AQUINO describe de forma completamente original la estructura de la acción voluntaria en las cuestiones 6-18 de la I-II, *Suma Teológica.* La unidad entre la dimensión exterior e interior de la acción aparece especialmente en *id.,* I-II, q. 18 a 6, y q. 20. Interpretando en este punto a AQUINO, cfr. J. FINNIS, 1992: 65-60; e interpretando a ARISTÓTELES, J. FINNIS, 1983: 33. También en la tradición tomista, RHONHEIMER explica que la especie de las acciones se determina en la elección o «intención básica», y que esta recae sobre un tipo básico de acción en M. RHONHEIMER, 2000: 44-53; y M. RHONHEIMER y W. F. MURPHY (eds.), 2008: 41. El concepto de «descripción —exterior— de la acción» como objeto de la elección es propio de Elisabeth ANSCOMBE, en G. E. M. ANSCOMBE, 1963: 7. GÓMEZ LOBO señala que la «elección» recae sobre un «tipo de acción», que a su vez se identifica como la intención principal e inmediata del agente («*the main inmediate goal*»), en A. GÓMEZ LOBO, 2002: 52. GRISEZ argumenta que el objeto de la elección es inteligible si y solo si constituye un caso concreto —una instancia— de una dimensión de la realización integral de la persona, esto es, de un bien humano básico. *Vid.* G. GRISEZ, 1965: 184.

acción, imprimiéndole su tipo o naturaleza. La «instanciación» de las razones es el criterio con el cual ponemos nombre a las acciones y, por lo mismo, las conocemos. Segundo, la instanciación de capacidades/razones es lo que, al mismo tiempo, torna apetecible y por lo mismo elegible una acción, tanto desde el punto de vista del agente como desde el punto de vista del observador[32].

Desde esta perspectiva, se reafirma en primer lugar que el objeto de la elección es lo que determina a las acciones en su tipo. Segundo, se reafirma también que solamente aquellas acciones que materializan la elección de una forma posible (entre otras) de realizar una razón (capacidad o bien), pueden genuinamente tipificarse como realización de *esa* razón. Tercero, y más importante para el objeto en estudio, cabe concluir que las reglas sustantivamente desconectadas de las razones —arbitrarias— no solamente son incapaces de movilizar o motivar a actuar, sino que además —y antes— son ininteligibles en sí mismas, por lo que no pueden ser objeto de elección. Finalmente, si las reglas no pueden ser elegidas tampoco puede afirmarse que tipifiquen las acciones ni, menos aún, que las acciones puedan mostrar/revelar/reflejar un conjunto de reglas que no las informan.

Estamos, pues, en condiciones de complementar la regla de proporcionalidad (RI1) que hemos propuesto en el acápite anterior («a mayor relación formal entre reglas y acciones, mayor es la capacidad de las acciones para revelar las reglas»); con una segunda regla de proporcionalidad epistémica (RI2): «A mayor inteligibilidad —racionalidad— de las elecciones que como cuestión de hecho informan las acciones, mayor objetividad del juicio de individuación del tipo o naturaleza de acción de terceros». Cuando la elección del agente es, tal como ocurre en el derecho, ajustar la conducta a una regla convencional —a una FS1 o a una FS2—, RI2 podría reformularse en el siguiente sentido: «A mayor inteligibilidad —racionalidad— de las reglas convencionales (FS1 o FS2) que como cuestión de hecho informan las acciones de los agentes de una práctica social, mayor capacidad de las acciones de revelar las reglas, y mayor la objetividad del juicio de individuación del tipo o naturaleza de las acciones».

La inteligibilidad/racionalidad de las reglas no debe confundirse con su razonabilidad o mérito moral. Una regla práctica es inteligible cuando el tipo de acción imperado por la misma es un caso/instancia/dimensión de un bien humano inteligible. Comprendemos el sentido de la acción «pagar» porque vemos la conexión inteligible que existe entre el tipo «pagar» y el bien humano básico de la justicia y, más ampliamente, de la concordia o amistad. Comprendemos el sentido de la acción «matar» por su contraposición con el bien vida. Para que la regla sea, además de racional o inteligible *razonable*, es preciso que la acción imperada por la práctica social en cuestión no solo realice alguna dimensión de un bien humano inteligible, sino que además sea compatible con una realización integral de la persona[33].

---

[32] *Vid.*, entre otros, G. Grisez, 1965: 184; G. Grisez, J. Boyle y J. Finnis, 1987: 101; A. Gómez Lobo, 2002: 52; J. Finnis, 2011: 31 y ss.; 1998: 86-89.

[33] Gómez Lobo recoge de algún modo esta distinción al distinguir entre la prudencia «pre-moral», que se limita a asegurar que las acciones realicen los bienes/fines que constituyen su intención básica; y la prudencia «moral», que se añade a la anterior y se aplica a guiar las acciones hacia una realización integral de la persona, en A. Gómez Lobo, 2002: 44. *Vid.* asimismo J. Finnis, 2011: 126.

No hace falta sin embargo tanto para captar el sentido de las reglas convencionales que forma parte del Derecho. De lo contrario, las reglas intrínsecamente injustas serían ininteligibles, lo que contradice el sentido común. Basta, en cambio, con la exigencia axiológica —pero no aún moral— de que la regla social en cuestión impere realizar un tipo de acción que, en algún modo, realiza una dimensión de un fin, valor o bien reconocible como bien (como apetecible) para todo hombre que tenga uso de razón[34].

Recapitulando, podemos decir que nosotros mismos participamos del Derecho e identificar las acciones mediante las cuales otros participan del Derecho, cuando la acción está informada —y no meramente motivada— por las razones que justifican al Derecho (RI1). O bien, lo que es lo mismo, cuando la acción plasma la elección «cumplir las reglas que realizan el fin del Derecho».

La elección de participar en el Derecho se puede manifestar en la acción, a su vez, solo si las reglas jurídicas en cuestión imperan realizar tipos de acciones que *de un modo inteligible* realizan los fines/razones intrínsecamente inteligibles del Derecho (RI2). En virtud de (RI1) y RI2), cabe concluir que:

a) A mayor desconexión entre acciones y razones subyacentes, menor es la capacidad de las acciones para revelar las reglas que las informan y el tipo de práctica social a la cual se ajustan.

b) A mayor arbitrariedad en la construcción de las reglas que conforman una práctica social y que dan forma a las acciones sociales convergentes, menor es la capacidad de estas acciones para revelar las reglas que las informan.

c) Solo puede afirmarse que hay convergencia social en un mismo tipo de acción —y por lo mismo en una misma práctica—, cuando un conjunto de personas no solo actúa motivada (atraída/impulsada), sino también *informada* por el mismo conjunto de reglas y razones (elige las razones de la práctica, mediante la elección de las reglas que —de un modo inteligible— instancian estas razones).

d) *Ergo,* no hay convergencia social posible en torno a tipos de acción cuya forma es absolutamente arbitraria respecto de las razones que las motivan.

9. LA INTELIGIBILIDAD DE LAS ACCIONES CONVENCIONALES: RACIONALIDAD COMO ADECUACIÓN

De las conclusiones enunciadas podría deducirse que el Derecho —como cualquier otra práctica social— solo es inteligible en la parte no-convencional. Esto es, usando la terminología de AQUINO, en la parte en que se limita a «concluir», reproducir/incorporar valores humanos básicos, tipos de acción dados, y normas morales intrínsecamente inteligibles, no convencionales. Esta conclusión, claro está, contradice

[34] Hemos argumentado más ampliamente la distinción entre inteligibilidad y razonabilidad del Derecho en P. ZAMBRANO, 2016: 58-60. Desde otra perspectiva, Juan CIANCIARDO ha incorporado también esta distinción entre racionalidad y razonabilidad, argumentando contra ALEXY que una norma que no garantiza una realización plena del contenido esencial de los derechos puede ser adecuada, necesaria y proporcionada —lo que aquí entraría bajo el concepto de «racional»—. Sin embargo, no será, además de racional, *razonable,* si no garantiza el contenido esencial de los derechos en juego. *Vid.* J. CIANCIARDO, 2016: 107-125.

la experiencia universal de la enorme —mayoritaria— dosis de convencionalidad que posee toda práctica social, y toda práctica jurídica. Conviene pues precisar el sentido en que la «arbitrariedad de las reglas jurídicas» se opone a su inteligibilidad. En primer lugar, es necesario aclarar que la relación entre arbitrariedad e inteligibilidad es de grado, y no en cambio a «todo o nada». En este orden de ideas, la arbitrariedad se contrapone irremediablemente a la inteligibilidad de las FS1, y de las reglas que las tipifican, cuando se la comprende como desconexión completa con las razones subyacentes a la práctica. Cuando en cambio se define a la arbitrariedad como la elección de uno, entre diferentes modos posibles de realizar las razones subyacentes, el grado de inteligibilidad es directamente proporcional a su racionalidad. Dicho en otras palabras, a mayor racionalidad de la elección de un modo (entre otros) de realizar las razones subyacentes, mayor inteligibilidad.

La racionalidad como adecuación entre acciones, reglas y razones básicas para la acción constituye, en fin, una condición necesaria de la inteligibilidad de toda acción individual, de toda práctica social, y consecuentemente también, una condición de posibilidad del principio de inteligibilidad de las reglas convencionales, según el cual «las acciones son el espejo de las reglas».

MARMOR es más bien ambiguo en la definición de la arbitrariedad de las convenciones, quizá porque sea consciente de la dificultad para conciliar arbitrariedad e inteligibilidad. En efecto, hemos visto que explica las convenciones profundas como modos *que tienden a* realizar de modo verdadero las razones subyacentes, lo que implica que acepta, al menos accidentalmente, que existan convenciones profundas que no realicen en forma alguna las razones. Asimismo, respecto de las convenciones superficiales el nivel de arbitrariedad se agudiza, hasta el punto de que lo que motiva a la gente a acogerlas no es su vínculo sustantivo con las razones profundas, sino el mero hecho de su existencia.

Ahora bien, si RI1 y RI2 son ciertas, MARMOR debería resolver esta ambigüedad en el sentido señalado: exigiendo, cuanto menos, algún tipo de relación sustantiva de adecuación entre las reglas convencionales superficiales y profundas, por un lado, y las razones del Derecho por otro. Si además pretendiera no solo una inteligibilidad mínima, sino la máxima inteligibilidad posible de las acciones que conforman las FS1 y las reglas jurídicas que las tipifican e informan, habrá de exigir un criterio racional de elección de uno entre otros modos adecuados para realizar las razones últimas del Derecho.

10. LA «RACIONALIDAD COMPARTIDA» COMO CONDICIÓN DE LAS PRÁCTICAS SOCIALES

Precisamente porque hablamos de una práctica social, el criterio de racionalidad debe ser compartido por todos los participantes. Dicho de otra forma, todos los participantes de la práctica deben compartir un mismo criterio de «razones del Derecho»; un mismo criterio de «tipos básicos de acción» que instancian estas razones, y un mismo criterio de adecuación entre estos tipos básicos de acciones y razones. Si así no fuera, volveríamos al problema de la apariencia de convergencia: aunque haya mucha

gente obrando de forma convergente ante una mirada exterior, no estarían genuinamente «haciendo lo mismo».

Volvamos al ejemplo de los ciudadanos haciendo fila los 15 y 16 de junio frente a las oficinas públicas señaladas en la norma **Y**. Si **X2** puede válidamente concluir que los ciudadanos están «pagando impuestos y validando tanto la norma legislativa **Z**, que delegó en el poder ejecutivo la fijación de sitios y fechas para pagar el impuesto a la renta; como los sucesivos decretos **Y**», no es simplemente porque observó gente dirigiéndose a las oficinas indicadas en **Y** cada 15 y 16 de junio a entregar dinero a otra gente. En efecto, en la observación de este fenómeno entran datos claramente accidentales para la validez de la afirmación de que «la gente cumple con **Y** y, cumpliendo con **Y**, valida **Z**»; tales como el color de la ropa que usa, su estatura, las cantidades variadas que entregan unos a otros, etc. ¿Cómo es, pues, posible para **X2** distinguir en, dentro de las convenciones, entre aquello que, siendo arbitrario respecto de **RL,** conforma el tipo de acción «validar **Z**, y con **Z** validar **Y**; y aquello que, también siendo arbitrario respecto de **RL**, no conforma este tipo de acción? ¿Qué hace posible la distinción —normalmente espontánea y, no pocas veces, inconsciente— entre lo accidental y lo arbitrario en el juicio de identificación de una acción jurídica *qua* acción jurídica?

La identificación de que las oficinas públicas son recaudatorias de impuestos y que la gente obedece lo establecido en **Y** es, en realidad, una síntesis, *tanto* de la observación de la gente dirigiéndose a las oficinas, *como* del conjunto de «pre-conceptos» y «pre-juicios» que conforman la «información pragmática», bajo cuya perspectiva **X2** distingue con fundamento entre los elementos esenciales y los elementos accidentales de la acción observada, e individualiza/identifica de modo válido su tipo. Sin pretensiones de agotar el contenido necesario y suficiente de esta información pragmática, cabe sí apuntar que, cuando se trata de identificar las acciones que componen una práctica social colectiva, entre los pre-conceptos del intérprete se incluyen de forma necesaria —aunque quizá no suficiente—: *a)* un concepto de fines/razones últimos de la práctica, y *b)* una tipología dada —no construida— de acciones que actualizan (u obstaculizan) estos fines comunes, tales como «pagar», «obedecer» (y sus contrarios). Entre los pre-juicios de la información pragmática, se incluye la afirmación de un vínculo de adecuación racional-objetivo-inteligible entre la razón o fin último *común* de la práctica, y la tipología básica acciones que la «instancian» o ponen en práctica.

Es esta información pragmática, y en particular el juicio de adecuación, lo que permite en primer lugar individualizar la naturaleza/el tipo de las acciones de terceros a partir de su dimensión exterior, distinguiendo entre lo meramente accidental —que no forma parte del tipo— y lo convencional —que sí forma parte del tipo—. En efecto, si **X 2** concluye que los ciudadanos haciendo fila en las oficinas públicas recaudatorias de impuestos es gente «pagando el impuesto a la renta, según lo establecido en **Y**»; es porque observa el «fenómeno» de la aglomeración bajo el prisma del concepto «pagar»; y observa bajo este prisma y no otro —como mostrar la vestimenta, charlar, esperar—, porque comprende que «pagar» es una de las formas *adecuadas* —aunque no necesariamente razonable— para realizar alguno de los bienes/razones intrínsecos a la práctica, como la seguridad, la justicia, la amistad, la coordinación social, etcétera.

Precisamente porque constituye una parte esencial del criterio de individuación de las acciones, esta información pragmática subyacente y compartida permite salvar

también las deficiencias señaladas respecto de la cadena de inferencias propuestas por MARMOR, desde la observación de las acciones, hasta **RL**. En primer lugar, porque **X2** observa una adecuación entre **RL** y las acciones de los ciudadanos que pagan tal como se indica en **Y**; las sentencias de los jueces que aplican **Y**; las motivaciones expresadas en los sucesivos decretos **Y**, etc., puede concluir que estas acciones, *y no otras,* son las acciones relevantes para inferir las **FS1** vigentes en su práctica jurídica. Segundo, porque **X2** identifica un vínculo de adecuación entre **Y**, **Z**, y el principio de legalidad; puede concluir que la acción consistente en obedecer **Y** o, en el caso de los jueces, aplicar **Y**; es al mismo tiempo la acción de validar **Z** y la acción de validar el principio de legalidad tributaria. Tercero, porque **X2** identifica un vínculo de adecuación entre **Y**, **Z** y **RL** puede identificar a la práctica en su conjunto, como la práctica de «respetar **RL**». Finalmente, porque comprende a **RL** como un valor o bien intrínsecamente inteligible, o bien como una forma adecuada/eficiente de realizar un valor intrínsecamente inteligible —por ejemplo la seguridad jurídica—; puede entonces identificar a **RL**.

11. CONCLUSIÓN: *RULE OF LAW*, CONVENCIONALIDAD, RACIONALIDAD E INTELIGIBILIDAD DE LAS FS1

Volviendo ahora a la inteligibilidad de las FS1, esto es, los hechos productores/modificadores/extintores del derecho, todo lo dicho se resume en lo siguiente: las FS1 son públicamente inteligibles solamente en aquellas prácticas jurídicas en las cuales todos los agentes «relevantes» para producirlas, validarlas o expulsarlas del sistema —jueces, legisladores, ciudadanos, administradores, etc.— comparten aquella «información pragmática» mínima. Sin este núcleo de consenso o conocimiento compartido, se torna inviable la pretensión del *Rule of Law* de que toda acción de gobierno se «funde en Derecho» de modo inteligible porque, antes, es inviable la pretensión de inteligibilidad del juicio de individualización de las FS1, y de las reglas que especifican a estas acciones en su tipo[35].

Gran parte de la desorientación en la que se encuentran inmersas nuestras prácticas jurídicas contemporáneas en buena medida se explica por el resquebrajamiento de esta información pragmática compartida. Los debates sobre la naturaleza vinculante o meramente recomendatoria para los tribunales nacionales de las observaciones y recomendaciones de los organismos internacionales no-jurisdiccionales de derechos humanos; los debates acerca del rol meramente orientativo o vinculante del denominado «derecho constitucional común»; los debates sobre la naturaleza jurídica o meramente orientativa del «*soft law*», etc., pueden todos re-definirse como debates acerca de la identificación de las FS1 en los sistemas constitucionales y convencionales (esto es, en los sistemas constitucionales integrados al sistema internacional de derechos humanos)[36].

---

[35] En una línea semejante, Fabio PULIDO advierte que tanto la clasificación de los precedentes judiciales como FS1 dentro de un determinado sistema jurídico; como su uso a modo de FS2 para resolver casos concretos, se sustentan en última instancia en las «razones que justifican la implementación de la regla del precedente en cada ordenamiento jurídico», F. PULIDO, 2018: 324.

[36] Sobre el efecto de estos debates en las prácticas constitucionales actuales *vid.* J. CIANCIARDO, 2013: 267-287.

Son debates que manifiestan un desacuerdo de fondo, no siempre explícito, acerca del contenido de la información pragmática que se asume en todo debate jurídico, pero que rara vez se discute. Más concretamente, estos debates manifiestan un desacuerdo de fondo acerca de cuáles son los fines del Derecho internacional de los derechos humanos; cuáles son las FS1 de este sistema y del derecho constitucional, y cuál es la relación de adecuación mínima entre las FS1 y los fines. El problema real no es tanto que este desacuerdo exista, como su negación o, peor aún, un intento de solución que va en la dirección exactamente opuesta a la indicada.

La negación del problema aparece en toda pretensión de identificar las FS1 en la misma línea de MARMOR, esto es, apelando al «uso», como si fuera posible identificar las acciones creadoras de Derecho y las reglas que les dan forma, del mismo modo en que se identifica el acaecimiento de un fenómeno empírico. Esta teoría epistémica de la acción —que no es sino una aplicación de la teoría de WITTGENSTEIN de que la observación del juego es necesaria y suficiente para aprender sus reglas— ha desbordado el plano de la filosofía del lenguaje y de la acción, y ha sido incorporada a la filosofía jurídica y a las prácticas jurídicas contemporáneas, tanto a nivel judicial como a nivel iusfilosófico y dogmático. Por decirlo de otro modo, se ha extendido el «subdogma» del convencionalismo jurídico, de que la identificación del conjunto de fuentes sociales válidas y vigentes en cada práctica jurídica (FS1 y FS2) emana de forma exclusiva y excluyente de la «observación» de su uso por parte de las autoridades relevantes.

El uso tendría, en este orden de ideas, no solo un poder epistémico, sino también existencial. Desde un punto de vista epistémico, el uso permitiría identificar tanto el conjunto de acciones creadoras/modificadoras y extintoras del Derecho (FS1), como el conjunto de criterios axiológicos válidos y vigentes para tomar decisiones judiciales (FS2). El uso sería el espejo de las fuentes. Del poder epistémico de las acciones se pasa sin solución de continuidad a la afirmación de su poder existencial: si el único fundamento para afirmar la vigencia de una regla es su uso, el uso de las FS2 las crea y/o las mantiene en existencia, mientras que la falta de uso las expulsa del sistema. Se comprende entonces que al *hecho del uso* le sea aplicable en sentido estricto el nombre de «fuente» del Derecho.

John GARDNER y Dennnis PATTERSON son algunos de los muchos ejemplos que se podrían ofrecer para mostrar la generalización de este dogma en el plano de la filosofía jurídica, además de MARMOR[37]. En el plano del Derecho internacional público el problema de identificación de fuentes relevantes en sentido (FS2) es *el problema,* habida cuenta de la (cuanto menos) tenue institucionalización de los hechos creadores/modificadores/extintivos del derecho (FS1). Esta débil institucionalización de las FS1 no debilita en forma alguna el dogma de que las acciones que las conforman son «observables» de modo avalorativo. Sin embargo, si lo argumentado en los puntos anteriores es válido, cae de maduro lo impracticable de la pretensión de identificar las FS1 del mismo modo —o casi del mismo modo— en que se identifican hechos empíricos[38].

[37] J. GARDNER, 2001: 200; D. PATTERSON, 2005: 685-692.

[38] En el plano del Derecho internacional público la teoría de WITTGENSTEIN, que aquí denominamos «el uso como espejo de las reglas», es explícitamente asumida por VENZKE, en I. VENZKE, 2012: 2. Sobre la inevitable necesidad de asumir un punto de vista axiológico para identificar las FS1 en el derecho internacional de los derechos humanos, *vid.* J. CIANCIARDO y P. ZAMBRANO, 2016: 70 y ss.

Algunos autores han admitido el problema de la fragmentación del conocimiento compartido que condiciona la inteligibilidad estática y dinámica de las FS1 y de las FS2. Sin embargo, recaen en el origen del problema, al intentar reconstruir este conocimiento compartido remitiendo a otro tipo de práctica convencional. DWORKIN es un ejemplo paradigmático de este caso. Sostiene que la esencia de toda práctica jurídica es su naturaleza «interpretativa». Esta naturaleza implica, muy resumidamente, que el debate acerca de cuáles son las FS1 y las FS2 no constituya un caso marginal del Derecho, sino su propia esencia. El Derecho es la práctica de debatir cuáles son las fuentes del derecho, en los dos sentidos indicados de fuente. Cuando se le pregunta a DWORKIN cuál es la información pragmática —el conocimiento compartido— que posibilita la práctica del debate en su conjunto, remite a un consenso moral que se revela a sí mismo en el uso. Aclara que el uso admite también distintas lecturas, y más aún remarca que es controvertido por naturaleza. Sin embargo, no ofrece luego criterios fuera del propio uso para resolver este otro nivel de debate[39].

La conclusión inevitable en este punto es, pues, que sin una información pragmática dada (no convencional) acerca de bienes y razones intrínsecamente inteligibles, y acerca de acciones adecuadas para instanciar estos bienes; ninguna acción individual y ninguna práctica social es inteligible.

Cabe sobre esta base reformular las tesis de fondo de este trabajo:

a) A mayor desconexión de las FS1 del Derecho con un orden axiológico dado e intrínsecamente inteligible, y con su respectiva tipología básica de acciones intencionales, menor es su inteligibilidad estática.

b) Si las FS1 no son estáticamente inteligibles, tampoco pueden ser objeto de conocimiento compartido ni, por tanto, auténticas fuentes *sociales*.

c) Si las FS1 no son objeto del conocimiento compartido de la comunidad jurídica, se frustra también la inteligibilidad dinámica del Derecho. Esto es, la inteligibilidad de la argumentación judicial que reconoce a las FS1 como origen de las FS2.

d) La pretensión de un gobierno fundado en fuentes sociales convencionales y no, en cambio, en las convicciones o intereses personales de quienes detentan el poder, solo es realizable, paradójicamente, sobre la base de un reconocimiento compartido de fuentes sociales *no* convencionales.

e) El reconocimiento compartido de fuentes sociales no convencionales tiene por objeto una tipología básica de acciones racionales, entendiendo por «racionalidad» la adecuación de las acciones básicas a un conjunto de bienes/fines básicos.

f) La racionalidad compartida es necesaria y suficiente para la inteligibilidad de las FS1. La racionalidad compartida no es sin embargo un criterio suficiente —aunque sí necesario—, para validar la razonabilidad/legitimidad de las FS1.

---

[39] El recurso al uso de los conceptos como mecanismo para limitar la creatividad interpretativa se manifiesta en la exigencia de DWORKIN de que toda propuesta interpretativa «encaje» con la historia de la práctica jurídica en la cual se propone la interpretación. *Vid.*, entre muchos otros sitios, R. DWORKIN, 1985: 158-162; 1986: 225-227; 1996: 10-12. Esta teoría fue criticada tempranamente por Stanley FISH, apuntando que también el juicio de encaje está más ligado a los preconceptos del intérprete que a un descubrimiento de una realidad dada, en S. FISH, 1982: 551; 1983: 299. La respuesta integral de DWORKIN aparece en 2006: capítulo 6, especialmente 226, donde apunta, en una muy apretada síntesis, que todos los participantes del Derecho comparten una práctica interpretativa/argumentativa; cuyas reglas —convencionales— se revelan en el uso.

BIBLIOGRAFÍA

AQUINO, T.: *Suma Teológica,* I-II, 6-20.

ANSCOMBE, G. E. M., 1963: *Intention,* 2.ª ed., Cambridge Massachusets, London, England: Harvard University Press.

— «Rules, Rights and Promises», *Midwest Studies in Philosophy,* 3 (1): 318-323.

CAROCCIA, F., 2017: «Quel che resta del sistema. Riflessini su sistema, modelli e interpretazione del diritto», *Ars Interpretandi*, VI (2): 81-102.

CIANCIARDO, J., 2016, «The principle of Proportionality, Rights Theory and the Double Effect Doctrine», en P. SERNA y J. A. SEOANE (eds.), *Bioethical decision making and argumentation*, Switzerland: Springer, 107-125.

— 2013, «The Culture of Rights, Constitutions and Natural Law», *Journal of Comparative Law: An Organ of the Association of Comparative Legal Studies*, Oxford, 8: 267-287.

CIANCIARDO, J., y ZAMBRANO, P., 2016: «Los *a priori* de la cultura de derechos», *Cuestiones constitucionales,* 34: 103-142.

CONESA, F., y NUBIOLA, J., 1999: *Filosofía del Lenguaje,* Barcelona: Herder.

DAVIDSON, D., 1963: «Actions, Reasons and Causes», *The Journal of Philosophy,* 60 (23): 685-700.

DWORKIN, R., 1985: *A Matter of Principle,* Oxford: Clarendon Press.

— 1986, *Law's Empire,* Cambridge Mass.: Harvard University Press.

— 1996: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.

— 2006: *Justice in Robes,* Cambridge: Harvard University Press.

ETCHEVERRY, J. B., 2013: «Scope and Limits of General and Descriptive Legal Theories», *Rivista di Filosofia dil Diritto,* II (2): 379-410.

FERRAJOLI, L., 2016: «Contro il creacionismo giurisprudenziale», *Ars Interpretandi,* V (2): 23-43.

FINNIS, J., 1983: *Fundamentals of Ethics,* Oxford: Clarendon Press.

— 1992: *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad,* trad. de J. J. García Norro, Pamplona: Eunsa.

— 1998: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory,* Oxford: Oxford University Press.

— 2011: *Natural Law and Natural Rights,* 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press.

FISH, S., 1982: «Working on the Chain Gang», *Texas Law Review,* 60: 551-567.

— 1983: «Wrong Again», *Texas Law Review,* 62: 299-316.

FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law,* Revised edition, London: Yale University Press.

GARDNER, J., 2001: «Legal Positivism. 5 ½ Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46 (1): 199-227.

GÓMEZ LOBO, A., 2002: *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics,* Washington D. C.: Georgetown University Press.

GREEN, M. S., 1987: «Dworkin's Fallacy or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law», *Virginia Law Review,* 89: 1897-1952.

GRISEZ, G., 1965: «The First Principle of Practical Reason. A commentary on the *Summa theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2», *Natural Law Forum*, 1 (1): 168-201.

GRISEZ, G.; BOYLE, J., y FINNIS, J., 1987: «Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends», *American Journal of Jurisprudence,* 32 (1): 99-151.

HART, H. L., 1992: *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press.

KELSEN, H., 1960 (1981): *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México: Universidad Autónoma de México.

LAISE, L., 2017: *El poder de los conceptos,* México: Porrúa.

MARMOR, A., 1992 (2005): *Interpretation and Legal Theory,* 2.ª ed., Oxford: Hart Publishing.

— 2009: *Social Conventions. From Language to Law,* Princeton, N. J.: Princeton University Press.

PARIOTTI, E., 2017: «*Self-regulation*, concetto di diritto, normatività giuridica», *Ars Interpretandi,* VI (2): 9-27.

PATTERSON, D., 2005: «Interpretation in Law», *San Diego Law Review,* 42: 685-692.

PULIDO, F., 2018: *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial,* Chia: Universidad de la Sabana.

PUTNAM, H., y WALSH, V., 2007: «Facts, Theories, Values and Destitution in the Works of Sir Parka Dasgupta», *Review of Political Economy*, 19*:* 184-185.

QUINE, W. V. O., 1951: «Two Dogmas on Empiricism», *The Philosophical Review,* 60: 20-43.

RAWLS, J., 1993 (1996): *El Liberalismo político,* trad. de Antoni Dòmenech, Barcelona: Crítica.

RHONHEIMER, M., 2000: *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica,* trad. de C. Mardomingo, Madrid: Rialp.

RHONHEIMER, M., y MURPHY, W. F. (eds.), 2008: *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy,* Washington, D. C.: Catholic University of America Press.

RODRÍGUEZ-BLANCO V., 2014: *Law and Authority Under the Guise of the Good,* London: Hart Publishing.

RODRÍGUEZ-BLANCO, V., y ZAMBRANO, P., 2018: «One Myth of the Classical Natural Law Theory: Reflecting on the Thin View of Legal Positivism», *Ratio Juris,* 31 (1), 9-32.

SCHAUER, F., 2015, *The Force of Law,* Cambridge, Ma.: Harvard University Press.

TRUJILLO, I., 2015: «Estado de Derecho y práctica de los derechos humanos», *Persona y derecho,* V73: 161-180.

VENZKE, I., 2012: *How Interpretation Makes International Law,* Oxford: Oxford University Press.

ZAMBRANO, P., 2009: *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica,* México*:* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 65-68.

— 2014: «Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva de la acción», *Dikaion,* 23: 423-445.

— 2016: «Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación», en VVAA, *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas,* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Casos

European Court of Human Rights, *Landvreugd vs. The Netherlands,* 4 de junio de 2002; *Maestri vs. Italy*, 17/02/2004; *Maestri vs. Italy*, 17 de febrero de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Mendoza vs. Venezuela,* 1 de septiembre de 2011.

REVOLUCIÓN, VIOLENCIA Y DERECHO: HANS KELSEN Y EL SURGIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL BRASILEÑA DE 1934 *

Andityas Soares de Moura Costa Matos

Universidad Federal de Minas Gerais
vergiliopublius@hotmail.com y *andityas@ufmg.br*

RESUMEN. Este artículo pretende discutir las relaciones entre derecho, violencia y revolución en Kelsen a partir de la premisa de que el indicio característico de la experiencia jurídica es su efectividad, o sea, el hecho de que el derecho logre imponerse en una sociedad. En este sentido, el derecho pasa a ser entendido como experiencia de monopolización de la violencia. Sobre esta base se realiza una lectura de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen como una teoría de la violencia. Para confirmar esta tesis, francamente minoritaria dentro de los estudios kelsenianos, se analiza el *Dictamen* que Kelsen ofreció a la Asamblea Constituyente brasileña en 1933, en el contexto de la Revolución de 1930 que llevó a Getúlio Vargas al poder. Además de presentar este documento (en el original alemán y traducido al castellano), hasta hoy desconocido en castellano y otras lenguas, el trabajo lo analiza pormenorizadamente con el objetivo de demostrar la tesis central de lo que caracteriza la teoría jurídica kelseniana, según la cual es imposible separar el derecho de la violencia, lo que se vuelve especialmente claro en momentos revolucionarios.

Palabras clave: Brasil, Revolución de 1930, Asamblea Nacional Constituyente de 1934, opinión legal de Kelsen, ley y violencia.

Revolution, Violence and Law: Hans Kelsen and the Emergence of the Brazilian Federal Constitution of 1934

ABSTRACT. This article intends to discuss the relations between law, violence and revolution from the premise that the characteristic datum of juridical experience is its effectiveness, namely, the fact of imposing itself or not, wherewith the law happens to be understood as a monopolistic structure of violence. Therefore, a reading of Hans Kelsen's Pure Theory of Law is made under the interpretative key of the theories of violence. So that to confirm such understanding, frankly in the minority of kelsenians studies, the Legal Opinion which Kelsen offered to the Brazilian National Constituent Assembly in 1933, in the revolution of 1930's context that brought Getúlio Vargas to power, is analyzed. Besides presenting that rare document in its entirety (in its original German version and translated to Spanish), the present work analyzes it in detail, with the purpose to demonstrate the central thesis which, it seems to me, characterizes the kelsenian juridical theory,

* Fecha de recepción: 11 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2018.

Traducción de Gonzalo Andrés Ramírez Cleves y Francis García Collado. En la traducción se toma la bibliografía original en portugués de las obras de Kelsen con referencias a las obras en español cuando estén también traducidas.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.03

whereby it is impossible to dissociate law and violence, what becomes especially clear in revolutionary moments.

Keywords: Brazil, Revolution of 1930, National Constituent Assembly of 1934, KELSEN's legal opinion, law and violence.

1. INTRODUCCIÓN

Si una teoría científico-social tiene como función proporcionar herramientas para interpretar el mundo, podemos afirmar de modo simétrico que una teoría se comprende, tal vez hasta más allá de las previsiones de su autor, cuando se confronta con la realidad que pretende describir. En este sentido, resulta valiosa la intervención de Hans KELSEN en un momento particularmente turbulento de la historia constitucional brasileña, cuando se discutía la legalidad de los procedimientos que hicieron posible la promulgación de la Constitución de 1934, considerada como uno de los documentos constitucionales más avanzados de la época en términos de protección de los derechos sociales, a pesar de que se ha caracterizado por el fortalecimiento y centralización del Poder Ejecutivo en Brasil.

En este artículo pretendo reflexionar sobre algunos puntos del *Dictamen* emitido por KELSEN cuando fue llamado a pronunciarse sobre la regularidad jurídica del proceso de elaboración de esta Constitución. Mi tesis es que, al analizar la situación jurídico constitucional brasileña de 1933, KELSEN aplica su Teoría Pura del Derecho de modo que se revela que esta se identifica, en el fondo, con una teoría de la violencia. Esto porque KELSEN parte del presupuesto de que el poder jurídico es aquel capaz de imponerse por medio de actos empíricos de monopolización de la fuerza, tal como ocurrió en Brasil gracias a la Revolución de 1930, comandada por Getúlio Vargas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente artículo se organiza en tres partes. En la primera parte realizaré un esbozo de la historia constitucional brasileña al comienzo de los años treinta, con el fin de proporcionar al lector los elementos mínimos para la comprensión del escenario político-social en el cual KELSEN escribió su *Dictamen*, que se reproduce integralmente en la secuencia. Justifico mi elección, ya que el *Dictamen* dado por KELSEN es de difícil acceso y desconocido en casi todo el mundo. Además, sería inadecuado seleccionar algunas partes del *Dictamen* y comentarlos, ya que el texto es conciso y está extremadamente bien articulado, de manera que cualquier recorte correría el riesgo de desestructurar sus argumentos. En una tercera parte, mucho más extensa que las otras dos, intento analizar el *Dictamen* dado por KELSEN con base en la idea de que la Teoría Pura del Derecho se corresponde con una teoría de la violencia, postura que defendí pormenorizadamente en otro escrito[1]; pero admito que dicha postura es muy particular y minoritaria. Sin embargo, me parece una interpretación legítima de la doctrina kelseniana, y la manera como KELSEN analiza la situación jurí-

[1] A. S. DE M. C. MATOS, «Kelsen e a violência: uma leitura crítica das "limitações" da teoria pura do direito», en J. A. DE OLIVEIRA y A. T. G. TRIVISONNO (orgs.), *Hans Kelsen: teoria jurídica e política,* Río de Janeiro, Forense, 2013, 253-279.

dico-constitucional brasileña de 1933 prueba que mi exégesis es, en líneas generales, correcta. De esta manera, el *Dictamen* de KELSEN vale como un estudio de caso para verificar la coherencia de mi lectura de la Teoría Pura del Derecho como una teoría de la violencia.

2. LA SITUACIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE BRASIL EN 1930-1934

En 1930 el entonces presidente de la República de Brasil, el paulista Washington Luís, designó a otro político del Estado de São Paulo, Julio Prestes, para su sucesión, rompiendo así con el pacto mantenido entre las oligarquías de São Paulo y de Minas Gerais, que llegó a ser conocida en la historia brasileña como la «política del café con leche», debido a la alternancia en el poder de los presidentes de São Paulo, Estado federado cuya economía se basaba en el café, y de Minas Gerais, Estado mayoritariamente agrícola, en donde la economía estaba fundada en el ganado. El resultado del incumplimiento del acuerdo fue la revuelta de los Estados federados de Minas Gerais, Río Grande do Sul y Paraíba, que pusieron en marcha, bajo los auspicios de la Alianza Liberal, la candidatura de Getúlio Vargas a la presidencia de la República. Getúlio Vargas (1882-1954), nacido en São Borja, ciudad del Estado de Río Grande do Sul, había sido el ex ministro de Hacienda del gobierno de Washington Luís. Luego él ocuparía el lugar de «presidente-dictador», representando por años el papel mítico del caudillo populista e «ilustrado» capaz de cambiar los rumbos de la política brasileña.

Ocurrió que la Alianza Liberal de Getúlio Vargas fue derrotada en las urnas. Sin embargo, el país se sumió en un grave caos y desorden económico, con el que Vargas y algunos jóvenes tenientes de las Fuerzas Armadas iniciaron la llamada Revolución de 1930, derrocando el gobierno constitucional. A partir de ese momento, Vargas gobernó el país con base en sus propios Decretos y de manera autocrática, con la ayuda de sus tenientes, que asumieron los cargos de gobernadores de los Estados federados para influir dentro de los asuntos de la Federación. Vargas disolvió el Parlamento en todos sus niveles (federal, estaduales y municipales).

El autodenominado Gobierno Provisorio de Getúlio Vargas ya había durado más de un año cuando fue cuestionado por la «Revolución Constitucionalista» surgida en São Paulo, pero aplastada por la superioridad militar de Vargas y de sus partidarios. No obstante, Getúlio Vargas percibió la necesidad de legitimar su poder mediante la promulgación de una nueva Constitución. En este sentido, por medio del Decreto Federal núm. 22.621 de 1933, Vargas preparó los trámites para la composición de una nueva Asamblea Nacional Constituyente, encargada de la promulgación de la segunda Constitución republicana del país, ya que la primera data de 1891.

La Constitución de 1934 nació llena de contradicciones. Mientras que indica, al menos simbólicamente, la reanudación de la democracia representativa en Brasil, centralizó y fortaleció la Unión Federal en detrimento de los Estados federados, aunque los municipios hayan ganado la autonomía político-jurídica que hasta hoy los caracteriza. Por otro lado, aunque se haya avanzado mucho en materia de reconocimiento y respeto

de los derechos sociales —con el establecimiento del salario mínimo y las vacaciones anuales remuneradas, la extensión del derecho al voto de la mujer y la instauración de la Justicia del Trabajo, aproximándose de esta manera a la Constitución mexicana de 1917 y a la Constitución de Weimar de 1919—, la Constitución brasileña de 1934 flirteó abiertamente con el fascismo italiano y el modelo corporativista de Estado.

Es en este contexto en el que Hans KELSEN, considerado como un respetable profesor vienés de Derecho de Gentes exiliado en Ginebra[2], es consultado en 1933 sobre la corrección jurídica del extraño procedimiento ideado por Vargas, consistente en la convocatoria por Decreto de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual estaría por este mismo instrumento limitada. Con esta convocatoria surgieron dudas y críticas sobre la intromisión obvia del Poder Ejecutivo en la esfera «soberana» del Poder Legislativo. KELSEN elabora entonces un *Dictamen* en donde responde a varias cuestiones formuladas, intitulado «La competencia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1933/1934», que fue publicado por primera vez en Brasil en la *Revista Política*, en enero de 1934. Una copia de esa publicación original fue enviada por el Instituto Hans Kelsen de Viena al profesor Dr. Tercio Sampaio Ferraz Jr., de la Universidad de Sao Paulo. Este rarísimo documento de la historia constitucional brasileña fue reeditado en la *Revista Trimestral de Direito Público* en 1995, acompañado de un comentario del profesor Dr. Ari Marcelo Sólon, en el que se detiene a analizar los aspectos de Derecho Internacional que se tratan en el *Dictamen*. Se presenta a continuación en su totalidad el *Dictamen* dado por KELSEN.

3. EL DICTAMEN DE KELSEN[3]

Respondo a las preguntas no desde el punto de vista político o de derecho natural, sino exclusiva y únicamente desde el punto de vista del *derecho positivo*. Deduzco mis conclusiones admitiendo que para la situación y competencia de la Asamblea Nacional Constituyente no puede ser considerada otra norma de derecho que el Reglamento núm. 22.621, de 7 de abril de 1933.

Pregunta I:

El Gobierno provisorio, por el Reglamento núm. 22.621, de 7 de abril de 1933, estableció la Asamblea Nacional Constituyente.

---

[2] La referencia biográfica que se encuentra contenida en el *Dictamen* no deja de ser reveladora del difícil momento por el que pasaba KELSEN: «Hans Kelsen, antiguo profesor de la Universidad de Viena, fue catedrático de la Universidad de Colonia, cuando se vio obligado a dejar Alemania debido a los acontecimientos políticos desarrollados en dicho país. Ocupa actualmente la Cátedra de Derecho de Gentes en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra». En una decisión del Ministerio de Hacienda del Gobierno de Vargas, relativa a la emisión de cédulas federales de deuda pública que se dio antes de la promulgación de la Constitución de 1934, se justificó tal acato mediante el apoyo del entonces ministro de Hacienda, texto en el que KELSEN se presentó como «Antiguo Profesor de la Universidad de Viena, que en la actualidad se encuentra dando conferencias en Ginebra y autoridad de fama universal» [*Diário Oficial da União (DOU),* 2 de mayo de 1935, núm. 22, 8073].

[3] Al final de este artículo reproducimos las respuestas originales —en alemán— de KELSEN a las preguntas que constituyen el *Dictamen*. Es importante aclarar que la redacción de las preguntas (en cursiva en el texto castellano) no son de la autoría de KELSEN y no figuran en el texto original alemán. No fue posible encontrar su traducción alemana, que probablemente fue enviada a KELSEN.

1. *¿El Gobierno provisorio, que es el Gobierno* de facto*, originado de una revolución, tiene el derecho de imponer un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente?*

2. *¿El hecho de que el gobierno provisional impusiera un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente no representaría una ofensa a la soberanía de dicha Asamblea, que por definición, por ser constituyente, es soberana?*

3. *¿Vinculará jurídicamente este Reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente y no podría dicha Asamblea rechazar el Reglamento, adoptando uno que fuera elaborado por ella?*

Respuestas:

1. No existe ninguna diferencia esencial entre un gobierno *de facto* y un gobierno *de jure* en Derecho de Gentes y mucho menos aún en el ámbito del Derecho Constitucional. Suponiendo que el gobierno provisorio es la *más alta autoridad legislativa* que surgió directamente de la revolución, no hay duda de que a aquel gobierno cabe determinar la *convocatoria y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente*.

2. La promulgación del citado Reglamento no significa una incursión en la «soberanía» de la Asamblea Nacional Constituyente. El concepto de soberanía, en el verdadero sentido de la palabra, de ningún modo puede ser entendido como el dominio del derecho positivo. Ni siquiera el Estado como tal es soberano, porque por encima de este se encuentra el Derecho de Gentes, que le confiere derechos y obligaciones. Menos aún se puede afirmar que cualquier órgano del Estado sea soberano. En cuanto a la Asamblea Nacional Constituyente, sería cuestión de saber si ella tiene las cualidades de un órgano originario y supremo que es responsable de hacer las leyes y cuya competencia es ilimitada. Sería, entonces, solo el caso de una Asamblea Nacional Constituyente que hubiese sido originada directamente en una *revolución*. Pero en el caso concreto esto no se da. La existencia legal y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente se fundamenta en el Reglamento de 7 de abril de 1933. Esta es una organización creada por otro órgano *y se formó por la vía legal.* No se puede cambiar eso gracias al hecho de que la Asamblea tiene el nombre de «Asamblea Nacional Constituyente». De este nombre no se puede deducir ninguna cualidad del derecho.

3. La Asamblea Nacional Constituyente no posee otros derechos que los que le dio el Reglamento de 7 de abril de 1933. Por esta razón esta no tiene derecho de revocar dicho Reglamento y sustituirlo por otro. El Reglamento obliga a la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido en que en este se regula las funciones de la Asamblea y se determina especialmente su competencia. El Reglamento es un elemento esencial de la organización de la Asamblea en la actualidad. En relación a esta organización, la llamada Asamblea Nacional Constituyente no tiene el carácter de creadora de la Constitución, sino solamente de ejecutora de la elaboración de la Constitución. Si violara las disposiciones del Reglamento, violaría así mismo la organización en vigor. Dependiendo de las circunstancias, esto podría valer como una tentativa, de que por medio de una revolución, se convirtiera en un órgano que desde todos los puntos de vista fuera constituyente, esto es, originario y supremo creador de la Constitución.

Pregunta II:

El Reglamento del Gobierno Provisorio, en sus arts. 101 y 102 (disposiciones generales), limitan la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, ya que le prohíbe a esta discutir y votar cualquier «proyecto de ley». Además, establece que la Asamblea Nacional Constituyente debe tratar únicamente de las cuestiones referentes a la elaboración de la Constitución, elección del Presidente de la República y aprobación de los actos del Gobierno Provisorio.

1. *¿Constituye la limitación de las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente una vulneración de su soberanía?*

2. *¿La elección del Presidente de la República, prevista en el Reglamento, no predeterminaría la adopción obligatoria por la Asamblea Nacional Constituyente del régimen «repu-*

blicano», régimen impuesto por el Gobierno Provisorio? ¿Esa imposición no representaría una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea Nacional Constituyente?

Respuestas:

1. Los arts. 101 y 102 del Reglamento de 7 de abril de 1933 significan la limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente. No existe, por tanto, una intromisión en la soberanía de la Asamblea, pues, de acuerdo con los motivos arriba señalados, la Asamblea Nacional Constituyente no es soberana en el verdadero sentido de la palabra, ni es órgano originario y supremo creador de la Constitución.

2. La disposición del Reglamento de 7 de abril de 1933 que se refiere a la elección del Presidente de la República también significa la limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente en vista de que esta solo tiene poder para adoptar una Constitución de forma republicana. En cuanto la forma de Estado, a tenor de la futura Constitución esta predeterminada por el Reglamento de 7 de abril de 1933.

Pregunta III:

El art. 14 del mismo Decreto dispuso la obligatoriedad que debe ser tenida en cuenta por los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde se contiene el compromiso de observar la Constitución «Federal» que se adopte.

1. *¿La expresión Constitución «Federal» no predeterminaría la adopción obligatoria por la Asamblea del régimen federativo?*

2. *¿La imposición del régimen federativo no representa una nueva ofensa de la soberanía de la Asamblea?*

Respuestas:

1. y **2.** Lo que fue dicho respecto a la Pregunta II puede utilizarse para la pregunta sobre el carácter federativo da la futura Constitución. Aquel carácter representa, del mismo modo que la forma republicana de Estado, una limitación a la actividad legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente. Sobrepasar dicho límite significaría la quiebra de la organización en vigor. Las disposiciones del Reglamento del 7 de abril de 1933 que se refieren a la forma republicana de Estado y al carácter federativo de la futura Constitución determinan, no directamente, pero sí indirectamente a dicha Asamblea. Es un método técnico-jurídico que, pese a ser dudoso, siempre es posible y, por desgracia, representa, no es raro, los medios *de dar expresión a la voluntad legislativa*.

Pregunta IV:

¿Un Gobierno Provisorio, originado de una revolución, que no tiene por objeto la institucionalización de un régimen dictatorial «permanente» y que convocó a una Asamblea Nacional Constituyente, no ha transmitido, por esta circunstancia, la plenitud de los poderes a dicha Asamblea, que se convertirá de esta manera en soberana?

Respuesta:

Las capacidades del poder de un gobierno originado de una revolución no pueden ser determinadas, desde el punto de vista del derecho positivo, por los objetivos que tuvo el movimiento revolucionario en sus comienzos. La denominación de un gobierno como «provisorio» tiene generalmente un significado político y de ningún modo de derecho positivo. *Un gobierno formado por medios revolucionarios tiene los poderes que quiere tener solo a condición que pueda obtener de manera general la obediencia de sus prescripciones. Es el principio de eficacia que vale para un gobierno que se ha originado de una revolución como principio de derecho positivo*. La declaración sobre las intenciones del movimiento revolucionario no es fundamento suficiente para que se pueda obligar al gobierno a transmitir la totalidad de sus poderes a una Asamblea Nacional Constituyente por él mismo creada.

Pregunta V:

¿Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente podrá el Gobierno Provisorio continuar conservando los poderes dictatoriales que había adquirido por medio de la revolución triunfante?

Respuesta:

Esta pregunta ya fue respondida en la respuesta a la Pregunta IV.

Ginebra, 14 de octubre de 1933.
Prof. Hans KELSEN

4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO TEORÍA DE LA VIOLENCIA

Entiendo que el gran mérito de la Teoría Pura del Derecho consiste en haber constatado, mediante instrumentos filosófico-jurídicos, el carácter originalmente violento del derecho. En otras palabras: la Teoría Pura del Derecho, en lugar de ser un realismo jurídico de naturaleza imperativa (tal como, por ejemplo, sucede en Austin y en el realismo jurídico escandinavo), es un *ultrarrealismo crítico*[4] que no revela la relación indirecta entre derecho y violencia, sino la mutua convertibilidad entre ambas instancias, tal como argumentamos a lo largo de este texto basándonos en un paradigma iniciado por Walter BENJAMIN y hoy en día trabajado en profundidad por autores como Giorgio AGAMBEN[5] (en filosofía) y Robert COVER[6] (en filosofía del derecho en concreto).

La caracterización del derecho como violencia no es ninguna novedad. La bibliografía sobre el asunto ha crecido exponencialmente en las últimas décadas en el contexto de los estudios sobre estado de excepción y biopolítica (SCHMITT, FOUCAULT, AGAMBEN, ESPOSITO, etc.), e inclusive ha sobrepasado, con notable ventaja, el ámbito marxista en que la tesis fue discutida primeramente con seriedad, desde el propio MARX, pasando luego por Georges SOREL, llegando a la Escuela de Frankfurt y encontrando su máxima realización, a mi modo de ver, en el oscuro —pero brillante— artículo *Kritik der Gewalt* (*Crítica de la Violencia*) de Walter BENJAMIN, cuyas principales ideas son retomadas en su célebre último escrito *Über den Begriff der Geschichte* (*Sobre el concepto de Historia*).

Sin embargo, aunque valiosas, estas aproximaciones teóricas —sean las contemporáneas, sean las «clásicas» del marxismo— son externas al derecho. El procedimiento común a todas ellas consiste en analizar el derecho en cuanto objeto y criticarlo fuera

---

[4] En otro sentido —diferente del que calificamos como «crítico»—, hay textos sobre el KELSEN «realista» en L. D. D'ALMEIDA, J. GARDNER y L. GREEN (eds.), *Kelsen revisited: new essays on the pure theory of law,* Oxford, Hart, 2003, 288 pp.

[5] G. AGAMBEN, *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995.

[6] *«Legal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it»* (R. M. COVER, «Violence and the word», *The Yale Law Journal*, núm. 95, 1601-1629, 1985-1986, 1601).

de su contexto específico. De modo más simple: para estas teorías no jurídicas parece fácil, y al mismo tiempo necesario, negar al derecho todo y cualquier carácter *jurídico*, entendiendo este último término como algo opuesto a la pura violencia. No obstante, la situación es bien diferente cuando KELSEN, por muchos considerado el más importante jurista del siglo XX, concluye que el derecho no es otra cosa que la violencia organizada.

A tal efecto, se vuelve necesario recordar que el principal concepto de la Teoría Pura del Derecho es el concepto de validez. El científico del derecho que describe —y no evalúa— su objeto de estudio debe preguntarse no sobre la justicia, pero sí sobre la validez[7]. Es precisamente con esta premisa que KELSEN comienza, de manera objetiva, su *Dictamen* sobre la Asamblea Nacional Constituyente en Brasil en 1933/1934. Se trata entonces de realizar un análisis científico y no político sobre las condiciones técnicas mediante las cuales la nueva Constitución brasileña sería establecida. Por ende, la única categoría que se considera necesaria es la validez. De hecho, KELSEN describe la validez como la forma específica de existencia de las normas. Una norma válida es entonces una norma vigente que, por tanto, «debe» (en sentido lógico, no en sentido moral) ser aplicada, observada, cumplida, etc. En una grosera aproximación biologicista, la validez sería para las normas lo mismo que la vida es para los organismos.

Teniendo en cuenta la centralidad del concepto de validez, KELSEN se apresura a ofrecerle un carácter objetivo: tiene validez la norma que está en conformidad con aquellas que le son superiores, de modo que, por ejemplo, una sentencia judicial (norma individual) solo es válida —y, en este sentido, existe jurídicamente— cuando es conforme a una ley. La conformidad respecto al ordenamiento funciona, de este modo, como condición de validez, es decir, como algo que permite a la teoría describir una norma como válida, esto es, como jurídicamente existente. Es por esto que KELSEN afirma en su *Dictamen* que las normas que atribuyen y definen las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente son válidas, en la medida en que derivan de otras normas. En el caso concreto, del Decreto núm. 22.621, de 7 de abril de 1933, que «establece la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; aprueba su reglamento interno, determina el número de diputados de la misma y establece otras cuestiones». Pero aquí surge un problema grave, pues se trata de un Decreto promulgado por el Poder Ejecutivo a partir del cual se establecerá una nueva Constitución. A primera vista esto parece subvertir la estructura teórica pensada por KELSEN, según la cual las normas inferiores se fundamentan en otras de jerarquía superior y así sucesivamente, hasta que se llegue a la Constitución, último fundamento positivo de validez de todo ordenamiento jurídico. Un modo de resolver este *impasse* es considerar que, habiendo existido una revolución —lo que, en el sistema de KELSEN, significa la sustitución de una norma fundamental por otra—, el decreto se revela como la primera constitución en sentido kelseniano, ya que establece una autoridad con la competencia de redactar la nueva

[7] «Un ordenamiento jurídico puede ser juzgado como injusto desde el punto de vista de una determinada regla de justicia. El hecho, sin embargo, de que el contenido de un ordenamiento coercitivo eficaz pueda ser considerado como injusto no constituye de cualquier forma un fundamento para no considerar como válido ese ordenamiento coercitivo» (H. KELSEN, *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1997, 55).

N. del T.: en español existen muchas ediciones de la obra de KELSEN, pero voy a citar solo dos: la de la primera edición, de la *Teoría pura del derecho,* de editorial Losada de Buenos Aires, 1941, y la de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

carta constitucional. Sin embargo, voy a dejar este problema en suspenso, abordándolo más tarde, ya que para entender que no se trata, en verdad, de un problema, es preciso avanzar un poco más en la comprensión de la teoría kelseniana.

La Teoría Pura del Derecho se constituye como una descripción científica de un sistema jerárquico y dinámico en el cual la norma jurídica vale debido a su ubicación en la estructura de la pirámide normativa (*Stufenbau*). Su contenido es irrelevante cuando se trata de discutir sobre su validez, esto es, su existencia concreta. Esta estructura fue diseñada por KELSEN con base en el postulado filosófico kantiano que garantiza la separación radical entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura, o en otras palabras, entre hecho y valor, *Sein* (ser) y *Sollen* (deber ser). KELSEN acepta la evidencia según la cual la realidad en sí misma, en su dimensión puramente factual, no representa ningún valor, por ser el hombre el que imprime al mundo, por medio de actos de voluntad, ciertos calificativos valorativos tales como bueno o malo, verdadero o falso, justo e injusto. Así, no existiendo valores inmanentes en la realidad —un árbol no es naturalmente bello, de la misma manera que el hecho social del homicidio no es naturalmente malo—, se concluye que una norma, o sea, una estructura que define y protege cierto valor, solo puede derivarse de otra norma. Se funda así el llamado *método normológico*, por el que una norma encuentra su validez únicamente en otra norma, volviéndose normativamente inviable apelar al mundo del ser.

Pero si KELSEN pretende —como anuncia enfáticamente en el primer párrafo de la primera página de la edición definitiva de la *Teoría Pura del Derecho*— describir el derecho positivo[8], quiere decir, el derecho que se establece por actos humanos de voluntad —y no aquel simplemente presupuesto, que KELSEN identifica con el derecho natural—, es preciso que la cerrada estructura del método nomológico abra espacio para el mundo del ser. No con el fin de fundamentar la validez de las normas, a semejanza de lo que realiza la doctrina iusnaturalista, pero sí para garantizar el acoplamiento de la estructura cognoscitiva nomológica a los elementos de la realidad, a saber, los ordenamientos jurídicos reales que la teoría describe. Esto ocurre mediante la afirmación de que aunque la eficacia no sea un elemento de la validez, es una condición mínima para su existencia.

Así, junto al concepto central de validez, emerge otro, tan importante como el primero: la eficacia. De acuerdo con KELSEN, una norma jurídica demuestra su eficacia cuando es cumplida espontáneamente por los destinatarios mediatos (secundarios) —es decir, la población de manera general— o cuando es aplicada de modo forzado a los recalcitrantes por los órganos jurídicos competentes, que son, en realidad, los destinatarios inmediatos (primarios) de la norma. De modo muy simple, se puede decir que una norma es eficaz cuando la población la cumple o, inexistiendo el cumplimiento espontáneo, su parte sancionatoria —que integra el concepto de norma para KELSEN— es aplicada por actos jurídicos de jueces, administradores públicos, policías, etcétera.

A diferencia de la validez, concepto formal que no tiene grados de intensidad —una norma jurídica es válida o inválida, *tertium non datur*—, la eficacia sí contiene grados de intensidad. Esto parece consecuente con la naturaleza sociológica del con-

[8] «La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo —del derecho positivo en general—, no de una norma jurídica específica» (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1).

cepto de eficacia, que para su materialización depende de actos y hechos reales. Una norma puede ser más o menos eficaz que otra, dependiendo de las circunstancias, siempre sujetas a cambios de acuerdo con el desarrollo histórico. No obstante, dos situaciones son igualmente imposibles: 1) Una norma no puede ser totalmente eficaz, en el 100 por 100 de los casos, pues esto acarrearía la fusión entre los conceptos de validez y de eficacia. En última instancia, integrando el orden jurídico con el orden natural, ser y deber ser, llevaría a una contradicción lógica como aquella presente en la conocida «falacia naturalista», pues una norma que se cumpliera siempre y necesariamente sería inútil. En esta situación se estaría delante de una orden natural que no admite el «incumplimiento»: una norma integralmente eficaz expresaría una «ley» de la naturaleza —como la gravedad— y no una ley jurídica, y 2) por otro lado, hablar de una norma que jamás es eficaz, es decir, que cuenta con un grado cero de eficacia, también daría lugar a una contradicción lógica, ya que una norma que sea imposible cumplir, que nadie puede cumplir —ni los destinatarios primarios ni los secundarios— equivale a una norma inexistente, meramente pensada y, por tanto, sin relación con el tema central de una teoría científica del derecho que tiene por objeto el derecho positivo, o sea, el derecho existente creado por actos humanos de voluntad.

KELSEN resuelve ambos problemas admitiendo que, aunque la eficacia no sea un elemento que integre el concepto de validez, es una de sus condiciones, al menos en un grado mínimo. De este modo, para que una norma sea válida es necesario que tenga cierto grado (mínimo) de eficacia, sin el cual es inexistente y no puede ser analizada por una teoría radicalmente realista como la Teoría Pura del Derecho. Así KELSEN consigue explicar con éxito el intrincado fenómeno del desuso (*desuetudo*) o ineficacia total de la norma, que había preocupado y confundido a muchos juristas. KELSEN afirma que el desuso consistiría en la pérdida de la validez de una norma debido a la falta de uso (costumbre negativa). En tal hipótesis, aquel mínimo de eficacia no se verificaría en la realidad, dando lugar a que se considerara la norma como inexistente[9]. Es importante resaltar que KELSEN no define cuál sería el grado mínimo de eficacia, ya que esa tarea le corresponde a los ordenamientos jurídicos reales, que lo harían de manera general (mediante normas sobre el derecho que conceptuarían la *desuetudo*) o particularmente (dejando tal definición a los órganos de aplicación del derecho, como ocurre en Brasil, donde los jueces deciden cuándo la norma jurídica «ha caído en desuso»). Toda esta refinada construcción, que relaciona la validez y la eficacia, vale no solamente para la norma aisladamente considerada, sino también —y, según mi opinión, principalmente— para los ordenamientos como un todo[10]. Y aquí retomamos la pregunta que dejamos sin respuesta antes.

---

[9] «La *desuetudo* es como una costumbre negativa cuya función esencial consiste en anular la validez de una norma existente. Si la costumbre es en general un hecho generador de derecho, entonces también el derecho estatuido (legislado) puede ser derogado a través de la costumbre. Si la eficacia, en el sentido arriba expuesto, es la condición de la validez no solamente del orden jurídico como un todo, sino también de las normas jurídicas en particular, entendiendo que la función creadora de derecho del costumbre no puede ser excluida por el legislador, por lo menos en la medida en que se considere la función negativa de la *desuetudo*» (*ibid.*, 238-239).

[10] «Un ordenamiento jurídico no pierde, sin embargo, su validez por el hecho de que una norma singular pierde su eficacia, esto es, por el hecho de que esta no se aplicará en general o en casos particulares. Un ordenamiento jurídico es considerado válido cuando sus normas son, en una consideración global, eficaces, esto quiere decir, son de hecho observadas y aplicadas» (*ibid.*, 237).

Para ser válido, un ordenamiento debe ser globalmente eficaz, pues de lo contrario lo que se presentaría sería el desuso general de un ordenamiento jurídico, lo que, en lenguaje político, podría ser llamado de revolución, y en lenguaje sociológico, anomía. KELSEN insiste varias veces en su *Dictamen* sobre el *hecho de la Revolución*. Este es el acontecimiento fundacional de la Constitución de 1934. Él percibe con claridad que el poder político-jurídico existe cuando —y solo cuando— se impone. Por esta razón, KELSEN niega que haya habido una usurpación de la soberanía del Parlamento por parte del Poder Ejecutivo, mediante la imposición de límites estrictos para la elaboración de la Constitución de 1934. Armado de un relativismo sorprendente, KELSEN percibe que el hecho jurígeno es la Revolución de 1930, y solo aquellos que vencieron —y precisamente porque han sido los vencedores— pueden crear derecho. En este sentido, la Asamblea Constituyente convocada por Getúlio Vargas es solo un órgano derivado. El verdadero origen del poder es el grupo que violentamente tomó y mantiene el poder. Esta es una constatación puramente técnica y no valorativa. Prueba de ello es que KELSEN admite que la Asamblea Nacional Constituyente brasileña podría ser completamente libre para elaborar la Constitución. Pero, para ello, la Asamblea Constituyente debería haber hecho la revolución, como ocurrió, por ejemplo, en Francia en 1789/1792, y no, por el contrario, haber sido compuesta y convocada por quien realmente lo hizo, es decir, Vargas y sus tenientes.

La fundamentación de esta conclusión lleva al punto central de mi discurso sobre la Teoría Pura del Derecho como teoría de la violencia, ilustrado por estas circunstancias de la historia constitucional brasileña. De hecho, se puede presuponer la norma fundamental (*Grundnorm*) solo si un ordenamiento normativo caracterizado por un mínimo de coactividad fue tenido como globalmente eficaz, ya que la orden constante de la norma fundamental preceptúa que las normas jurídico-positivas que integran dicho ordenamiento deben ser cumplidas[11]. En definitiva, la verdadera pregunta es si el ordenamiento coercitivo que está siendo analizado consigue ser duradero. Una vez que se ha cumplido con dicho requisito, como lo hizo el gobierno de Vargas, el ordenamiento en cuestión puede ser considerado como jurídico en virtud del principio de eficacia[12]. Por esta razón, KELSEN comienza su *Dictamen* admitiendo que no existe diferencia entre el gobierno jurídico y el gobierno *de facto*. Ambos son «gobiernos» si —y solo si— mantienen la efectividad del ordenamiento jurídico establecido. Pero esto no quiere decir que la eficacia integre la validez, se adelanta KELSEN a complementar, teniendo en cuenta que un hecho no puede ser el fundamento de validez de un ordenamiento normativo: «La norma fundamental se refiere exclusivamente a una orden coactiva regular y globalmente eficaz. Esta eficacia no es el fundamento de su validez»[13].

Autores como Renato TREVES[14] y Mario LOSANO[15] critican la Teoría Pura del Derecho al considerar que el punto inicial mediante el cual se torna posible la descripción

---

[11] H. KELSEN, *A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado, 1963, 169.

[12] KELSEN, *Teoria pura do direito*, *op. cit.*, 53.

[13] KELSEN, *A justiça e o direito natural*, *op. cit.*, 172.

[14] R. TREVES, «Kelsen y la sociología», en Ó. CORREAS (org.), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 195-214.

[15] Cfr. el estudio introductorio de Mario LOSANO contenido en H. KELSEN, *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. Estudo introdutório de Mario G. Losano, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

del sistema —es decir, la norma fundamental— no puede presuponerse sin realizar una operación sociológica, característica del mundo del ser: es necesario verificar la eficacia general, aunque mínima, del primer ordenamiento jurídico históricamente considerado. De este modo, la rígida distinción entre el ser y el deber ser se perdería y la Teoría Pura podría ser reconducida a la sociología, ya que fracasaría en su finalidad de buscar la pureza del sistema jurídico. Sin embargo, me parece que esta lectura pasa por alto la verdadera naturaleza de la Teoría Pura del Derecho, así como el papel que desempeña en ella la teoría de la norma fundamental. Desde mi punto de vista, la Teoría Pura del Derecho es una «teoría de la violencia» que constata —tal vez gracias a su propio fracaso, como explicaremos a continuación— que no se puede pensar el derecho como algo ajeno a un contexto social general de fuerza, como aquel que caracterizó a Brasil en el comienzo de los años treinta del siglo pasado. Desde esta perspectiva, el papel de la norma fundamental es el de transformar la violencia que dio lugar al ordenamiento jurídico en una fuerza jurídicamente cualificada, que se caracteriza por la centralización y el monopolio de la coerción, recibiendo entonces el nombre de Estado o de derecho. En la norma fundamental se presupone el acto del poder fundacional del ordenamiento jurídico, de manera que cuando se impone el poder coercitivo, se funda la juridicidad[16].

El científico del derecho puede presuponer la norma fundamental de cierto ordenamiento jurídico solamente cuando se encuentra delante de un ordenamiento coercitivo globalmente eficaz. Esa necesidad de eficacia global para la presuposición de la norma fundamental llevó a algunos críticos a sostener que KELSEN no había respetado la división entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, ya que la norma que confiere validez al ordenamiento jurídico dependería de un hecho. Pero si es verdad que la brecha entre facticidad y normatividad parece insuperable, también lo es que el puente capaz de permitir dicha integración radica en la norma fundamental[17]. El ordenamiento jurídico consiste en un conjunto unitario y sistemático de normas, no en una concatenación de hechos que, en última instancia, se fundamentan en el poder[18]. Todas las doctrinas que buscan el fundamento de la validez del derecho en su efectividad carecen de valor científico, ya que no tienen en cuenta el axioma básico según el cual una norma solo puede basarse en otra norma, y un hecho en otro hecho. De lo contrario, habría que admitir la «falacia naturalista», que consiste en la creencia de que el valor (norma/deber ser) es inmanente en la realidad (hecho/ser), algo absolutamente inaceptable para una teoría materialista, antimetafísica y empirista como la de

[16] Para una lectura crítica de la norma fundamental en cuanto «acto de poder», cfr. A. S. DE M. C. MATOS, *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2006, 71-74. Acerca de la naturaleza de la norma fundamental, cfr. A. S. DE M. C. MATOS, «A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 58, 41-84, enero/junio de 2011. Este último trabajo tiene una traducción al inglés: A. S. DE M. C. MATOS, «An alternative approach to the basic norm: logical-transcendental hypothesis, fiction or scientific postulate?», *Jura*, vol. 18, núm. 2, 2012, 137-147.

[17] T. HONORÉ, «The basic norm of society», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewsky, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 89-112, esp. 102.

[18] G. LUF, «On the transcendental import of Kelsen's basic norm», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 221-234, esp. 222.

KELSEN[19]. La eficacia es la condición factual y no el fundamento lógico de la validez, de modo que, en el pensamiento de KELSEN, la norma jurídica y el ordenamiento jurídico son válidos solo *si* son eficaces y *no porque* son eficaces[20]. La eficacia es, por tanto, condición necesaria, pero no suficiente, para la validez del derecho. Según AFONSO: «La eficacia aparece, de ese modo, como condición de validez de la norma jurídica y de la propia orden jurídica. La eficacia es condición de validez, condición *sine qua non*, pero no *per quam*. El fundamento de validez de la orden jurídica estatal es la norma fundamental»[21].

Para GOYARD-FABRE, la norma fundamental equivale a un canon del ejercicio de la razón que, en cuanto exigencia trascendental *a priori*, dota la descripción de las normas del sistema jurídico de su pureza radical[22]. Vista de esta manera, la función de la norma fundamental consiste en conferir inteligibilidad específicamente jurídica a las normas de un ordenamiento social dado. Sin embargo, esto solo es posible cuando se verifica la eficacia global de la primera Constitución, que representa el hecho material creador del sistema a ser descrito por la ciencia del derecho[23], que en el caso brasileño reside en el hecho de la revolución de 1930.

Tony HONORÉ destaca dos problemas en la validación de la primera Constitución histórica por parte de la norma fundamental. Ambos me parecen insubsistentes y revelan, mediante su correcta comprensión, la verdadera naturaleza de la Teoría Pura del Derecho en cuanto teoría de la violencia. El primero se refiere al hecho de que las Constituciones provenientes de varios Estados fueron instauradas de manera violenta y arbitraria por personas o grupos que no tenían autorización o legitimidad para ello, habiendo surgido gracias a usurpaciones, conquistas y golpes de Estado que difícilmente podrían ser considerados como legítimos el día de hoy[24]. Fue exactamente eso lo que ocurrió en Brasil bajo el Gobierno de Vargas en los años 30. Para responder a Honoré, es necesario recordar una vez más que la Teoría Pura del Derecho es absolutamente formal. Para presuponer la norma fundamental basta la eficacia global de la primera Constitución histórica. No cabe a la ciencia jurídica la descripción de los medios utilizados por el poder para imponerse. En palabras de KELSEN, *«Coercion is*

---

[19] J. RAZ, «Kelsen's theory of the basic norm», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 47-67, esp. 49-51. Esa idea es central en la doctrina de KELSEN. En el mismo sentido, cfr. A. G. CONTE, «Hans Kelsen's deontics», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 331-341; L. SOSOË, «La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit», *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, núm. 9, 1986, 65-81, y G. H. VON WRIGHT, «Is and ought», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 2007, 365-382.

[20] E. M. M. AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, 260.

[21] AFONSO, *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, *op. cit.*, 256-257.

[22] S. GOYARD-FABRE, «De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen», en P. AMSELEK (org.). *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 211-232.

[23] S. HAMMER, «A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York, Oxford-Clarendon, 192.

[24] HONORÉ, *The basic norm of society, op. cit.,* 102.

to be applied under certain conditions and in a certain way, namely, as determined by the framers of the first constitution or by the authorities to whom they have delegated appropriate powers»[25]. Por esta razón es que KELSEN concluye que el Gobierno provisorio de Vargas «tiene los poderes que quiere tener», bajo la condición de que pueda obtener la obediencia a sus prescripciones. Esto puede que no sea una visión simpática del derecho, pero es una visión realista.

La segunda critica de HONORÉ se fundamenta en la constatación de que no hay ninguna razón para considerar como válida la cadena de autorizaciones y de transferencias del poder que conecta a los fundadores de determinado ordenamiento jurídico con los actuales detentadores del poder de crear derecho válido. Para justificar esta crítica, Honoré juzga necesario asumir que la transferencia del poder mediante cadenas históricas de competencia es algo indiscutible, cosa que le parece absurda[26]. Sin embargo, incluso siendo dicha transferencia éticamente cuestionable, corresponde exactamente a la realidad, que no tiene ninguna obligación de ser ética, como lo prueba la estructura jurídica utilizada por el gobierno brasileño en 1933 para «transferir» el poder revolucionario para un *locus* de legitimidad constitucional, con la consecuencia de esa extraña conformación mediante la cual un Decreto del Ejecutivo posibilita y limita los trabajos de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente que de hecho no lo es. Como bien lo expresa KELSEN en su *Dictamen*, dar el nombre de «Asamblea Nacional Constituyente» a cierto grupo de personas no los convierte, como por arte de magia, en constituyentes. De hecho, los verdaderos constituyentes son aquellos que vencieron en la revolución de 1930 y por ende pudieron imponer la Constitución de 1934. Todo lo demás es retórica.

Pero ¿por qué? Las personas cumplen con los estándares legales establecidos por las autoridades competentes porque presuponen, tal vez incluso inconscientemente, autorizaciones anteriores válidas. Cuando no es posible presuponer estas autorizaciones, eso significa que uno está delante de una revolución, hipótesis expresamente tratada por KELSEN en la Teoría Pura del Derecho. Las revoluciones, como la brasileña que estoy analizando, se presentan cuando determinado sistema jurídico se extingue para dar lugar a un nuevo ordenamiento, que se encuentra legitimado en otra norma fundamental, hipótesis que KELSEN tiene en cuenta en su *Dictamen* al indicar que las competencias y los poderes de la Asamblea Nacional Constituyente brasileña serían ilimitados solo si ella hubiera hecho su propia revolución. En síntesis: la transferencia de la titularidad del poder es siempre presupuesta como válida, a no ser en aquellas situaciones en las cuales la eficacia general deja de existir y el ordenamiento jurídico en cuestión desaparece frente a un nuevo sistema de normas. Este, a semejanza del antiguo, también contará con una norma fundamental validante que propiciará nuevas transferencias del poder político-jurídico. Estados que inicialmente no aceptaban la existencia de otros como jurídicos —p. ej., Estados Unidos de América frente a la recién creada Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, definida por los estadouni-

[25] Traducción: «La coacción se va a aplicar en determinadas condiciones y de cierta manera, a saber, como determinada por los que redactaron la primera Constitución o por las autoridades que le hayan delegado facultades para ejercer dichos poderes» (H. KELSEN, *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon, 1992, 57).

[26] HONORÉ, *The basic norm of society, op. cit.,* 103.

denses como una reunión de *gangsters*— pasan con el tiempo, habiendo comprobado que los nuevos Estados son capaces de mantener un alto grado de eficacia en la aplicación de las sanciones jurídicas, a considerarlos como perfectos ordenamientos jurídicos[27].

Todo esto significa que la violencia es un *medio absoluto* para conceptualizar el derecho, dando lugar a que sea elemento esencial de su definición. Sabiendo que los fines de los ordenamientos jurídicos pueden variar —p. ej., de Estados socialistas a capitalistas— de manera infinita, el derecho se define únicamente como un medio específico de coerción a través del poder. Esto significa que la definición de un ordenamiento social como «derecho» es totalmente formal, ya que para eso no importan los contenidos y los valores de sus normas —las llamadas «finalidades del derecho»—, sino solo la existencia o no de la monopolización de la violencia, es decir, el medio —la «forma universal»— al cual el derecho siempre recurre para imponerse, ya sea en acto o en potencia. Aquí el pensamiento de KELSEN se corresponde con el de Walter BENJAMIN, que sabía exponer de manera aguda el vínculo ineludible entre derecho y violencia, esta entendida en cuanto medio y no fin del derecho. Para BENJAMIN, no tiene ningún sentido el intento de definir el derecho mediante un conjunto de valores agrupados en torno al concepto altamente indeterminado de justicia. Para el derecho positivo, poco importa si otros órdenes normativos —establecidos por un grupo de delincuentes o por un partido revolucionario, por ejemplo— evidencian con sus acciones ciertas finalidades que puedan ser razonablemente entendidas como justas. Lo único que el derecho no tolera es que los ordenamientos concurrentes tiendan a interferir en la monopolización que tiene de la violencia. No importa la justicia de ciertos reclamos colectivos, importa solo si estas quieren o no utilizar la violencia, monopolio del ordenamiento jurídico[28].

Sin la violencia que impone el primer ordenamiento con eficacia global, no es posible presuponer la norma fundamental, ya que para esto se necesita un mínimo de eficacia, como KELSEN lo ha señalado. Incluso en la hipótesis históricamente poco común del origen pacífico de un ordenamiento jurídico, todavía prevalece la tesis de la violencia, ya que para afirmar la eficacia de sus normas, este ordenamiento necesita como mínimo prever, desde su inicio, la *posibilidad* del uso de la violencia organizada y monopolizada. En caso de no haber ni tan siquiera dicha previsión de *uso potencial de la violenci*a, no estamos ante normas del derecho y de ordenamientos jurídicos, sino de otras formas *anárquicas* de organización social[29].

Juzgo significativo que Carl SCHMITT se refiera al derecho como la «forma de la guerra formalmente justificada»[30], opinión compartida por KELSEN, para quien «el derecho es una organización de la fuerza»[31]. A pesar de sus múltiples diferencias, KELSEN y

---

[27] KELSEN, *Teoria pura do direito, op. cit*., 55.

[28] W. BENJAMIN, «Para uma crítica da violência», en W. BENJAMIN, *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Org., a presentação e notas Jeanne Marie Gagnebin. Trad. de Susana Kampff Lages y Ernani Chaves, São Paulo, Duas Cidades/Editora, 34, 2011, 121-156, esp. 124-127.

[29] Sobre el concepto de *an-arquia*, cfr. A. S. DE M. C. MATOS, *Filosofía radical y utopía*: inapropiabilidad, *an-arquia, a-nomia*. Trad. y prólogo de Francis García Collado, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015.

[30] C. SCHMITT, *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951.* Ed. Fr. von Medem. Berlin: Duncker & Humbolt, 1991. Nota del 12 de octubre de 1947.

[31] H. KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005, 29. *N. del T.:* versión en español titulada: *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1949.

SCHMITT tienden a incorporar la violencia en el *nomos*[32]. Ambos estiman que la violencia es una categoría básica de la experiencia jurídica, de modo que, al final, el derecho es siempre violencia —o siempre es *también* violencia—, teniendo que convivir con la constante tentativa de superación y/o mitologización de su carácter abismal mediante la adopción de una retórica oficial y el uso de estructuras simbólicas como la Constitución. Esto me parece que se constata claramente en el *Dictamen* de KELSEN, que se concentra en analizar la creación de una nueva Constitución en Brasil. Según el autor, el derecho —y, por consiguiente, el Estado— solamente se define a partir del momento en que se da la monopolización de la violencia, que pasa entonces a ser organizada, o sea, «normalizada» jurídicamente. Sin el monopolio de la violencia no existe el derecho ni el Estado, sino apenas revolución, situación precaria que se verifica cuando dos o más órdenes socionormativos —pero todavía no jurídicos— luchan para imponerse como la única autoridad creadora del derecho, esto es, «soberana». Por ende, es fácil concluir que KELSEN solo encuentre derecho donde haya monopolio de la violencia por parte del Estado.

Aquí es posible preguntarse si KELSEN concibió la Teoría Pura del Derecho como una teoría de la violencia. La respuesta simple sería «no». El principal objetivo de la teoría kelseniana no era discutir y criticar el carácter violento del derecho, circunstancia que solo toma como presupuesto y que funciona como un telón de fondo indiscutible en su teoría jurídica. Tal vez KELSEN no haya percibido que el presupuesto violento del que parte vicia y contamina toda su teoría, quiero decir, todo su intento analítico tendente a presentar de manera pura el objeto llamado «derecho», con el desconocimiento expreso de su dimensión originaria en el sentido *arqueológico*. Sin embargo, como cualquier «origen», la dimensión genético-violenta del derecho no es un punto cronológico del cual se parte, sino un *tiempo arqueológico* en que se funda el pasado, el presente y el futuro. La idea de arqueología, tal como fue pensada por Giorgio AGAMBEN, pretende descubrir las permanencias de ideas y prácticas históricamente encubiertas que, de modo parecido a los fósiles, determinan las experiencias actuales de manera subterránea, pero definitiva, por más que sean percibidas como eventos pasados ya superados. En este sentido, la violencia está presente arqueológicamente en el derecho tal como la supuesta lengua indoeuropea está presente en el griego, en el sánscrito y en el castellano actual; del mismo modo que las radiaciones originarias del *big bang* hace ya 14.800 millones de años están presentes hoy en el universo, pudiendo ser captadas por los astrofísicos[33]. Es por esto que, en el caso brasileño, KELSEN aceptó como válido el aparente absurdo —según el punto de vista de la teoría clásica del derecho— que representa un Decreto presidencial que establece una Constitución. Solo la fuerza, legítima o no, da lugar al derecho. Aquí, se trata de una tesis propiamente *arqueológica* que se presenta como un umbral que «hace caer» unas sobre las otras —desactivándolas de ese modo en tanto descripciones únicas— tesis simplemente históricas y tesis abstractamente ontológicas. Esto significa que la *experiencia jurídica tal como la conocemos en Occidente* resultó y resulta imposible sin la violencia como *condición genética*.

---

[32] O. GIACOIA JUNIOR, «Sobre direitos humanos na era bio-política», *Kriterion: Revista de Filosofia,* vol. XLIX, núm. 118, jul./dic. 2008, 267-308, esp. 290.

[33] G. AGAMBEN, «Arqueología filosófica», en G. AGAMBEN, *Signatura rerum: sobre el método.* Trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso, Barcelona, Anagrama, 2010, 109-150.

Otro aspecto que se señala en el *Dictamen* es la decidida negación de KELSEN de la tradicional idea de soberanía. En efecto, en su obra KELSEN no economiza argumentos para deconstruir el Estado-substancia que se encuentra contenido en la idea de soberanía, demostrando tanto históricamente como conceptualmente que esa «forma» no pasa de ser otro nombre del derecho. Sin embargo, la tesis de la identidad entre Estado y derecho se acaba resolviendo en un nominalismo estatal que presupone un esencialismo jurídico[34]. De hecho, la consecuencia lógica del proyecto iconoclasta kelseniano —que niega realidad al Estado soberano, comprendido solo como un conjunto de relaciones, o sea, un sistema compartido de significados— sería aplicar la misma conclusión a la otra cara del Estado, o sea, el derecho, teniendo como objetivo la tesis de la identidad entre derecho y Estado defendida por KELSEN. Sin embargo, este paso audaz no es dado por KELSEN, que concede a las normas jurídicas un *status* ontológico que ellas no poseen[35]. Si fuesen radicalizadas, las tesis kelsenianas conducirían a la comprensión de que el derecho es tan fantasmagórico como el Estado, tan metafórico y tan «lingüístico» como cualquier otra convención social. Además de los símbolos míticos (Estado) y lingüísticos (derecho), existe solo la lucha de unos hombres en contra de otros para someterlos a la violencia organizada y estabilizada bajo la forma jurídica. Desde mi punto de vista, este es el mensaje final de la Teoría Pura del Derecho, en especial cuando ella exige la eficacia global del primero de los ordenamientos jurídicos en cuanto condición para presuponer la norma fundamental, momento inicial —y no terminal— de la cadena de validez objetiva necesaria para la descripción científica del derecho. No tengo duda de que esta visión oscura de la realidad social, que emerge de una lectura verdaderamente crítica de la Teoría Pura del Derecho, podrá servir para integrar a KELSEN en un linaje de pensadores realistas y pesimistas que incluye a MAQUIAVELO, HOBBES, SCHMITT, FREUD y LUHMANN.

Si describir el derecho funcionalmente es más importante que buscar su inexistente substancia, presupuesto metodológico que guía la redacción del *Dictamen* ahora analizado, me parece que el Estado y el derecho coinciden, revelándose ambos como expresiones de un monismo funcional que se niega a reconocer la existencia de cualquier orden real autónomo —o «concreto», como quería SCHMITT— en el cual se fundamenta, en última instancia, el ordenamiento jurídico. Al estar relacionados, los conceptos kelsenianos de Estado y derecho llevan a las mismas conclusiones. Al igual que el Estado, el derecho no tiene substancia, siendo más bien un símbolo, ya que «el

---

[34] A. SOMEK, «Stateless law: Kelsen's conception and its limits», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 762-763.

[35] *«Kelsen stopped short of radical deontologization. Only the state is eliminated from the "two-sided thing", while "the law" stays in place. Contrary to his own insight, Kelsen presents the legal system as if it were an institutional fact, wich is composed of valid norms. [...] This interpretation of the legal system overlaps with, and is reinforced by, the view of the norm as an abstract object. It is more than merely ironic that Kelsen, in his attempt to avoid the hypostatisation, resorted to the crudest hypostatisations of all: the ontological supposition of the realm of "norms"»* (SOMEK, *Stateless law, op. cit.,* 773). Traducción: «Kelsen se detuvo de manera temprana al realizar su desontologización radical. Solo el Estado es eliminado de la "forma de dos ámbitos", mientras que "el derecho" se queda en su lugar. En contra de su propia visión, Kelsen presenta el sistema jurídico como si fuera un hecho institucional, que se compone de normas válidas. [...] Esta interpretación del sistema jurídico coincide con, y es reforzada por, la visión de la norma como un objeto abstracto. Es más que simplemente irónico que Kelsen, en su intento de evitar la hipostasiación, haya terminado con la más cruda hipostasiación de todas: la suposición ontológica del reino de las normas».

funcionamiento del Estado implica que hay *un solo orden* —una sociedad política, que tiene al derecho como forma simbólica—»[36].

Después de esta relectura de KELSEN con base en su *Dictamen* brasileño, él podría ser considerado por algunos como un cínico realista que se limitó a decir que el poder existente es el único poder válido. Mi conclusión, sin embargo, es opuesta, ya que apunta más al trabajo a ser realizado por los kelsenianos críticos, que consiste en demostrar el carácter irreal, ideológico y profundamente desmovilizador no solo del derecho, sino también de su dimensión «científica», o sea, meramente descriptiva. El entendimiento radicalmente realista que KELSEN ofrece del derecho en su *Dictamen* es capaz de sacar a la luz la inexistencia de patrones científicos o trascendentes que sean capaces de legitimar la creación jurídico-normativa, desenmascarando la naturaleza ideológica, e incluso mitológica, de los intentos cada vez más frecuentes de reducir la violencia del derecho a tablas ideales de raciocinio y justificación, bien al gusto del iusmoralismo y de las corrientes «argumentativas» de la actualidad. No se trata, obviamente, de ensalzar y enaltecer la violencia como cara necesaria del derecho. Aquí permanece válido el propósito descriptivo y no prescriptivo abogado por KELSEN en las primeras líneas de su *Dictamen*. Sin embargo, dar respuesta a la importantísima pregunta que autores como Walter BENJAMIN y Giorgio AGAMBEN se hacen —si es posible o no una experiencia colectiva que renuncie a la violencia jurídica, sea desactivándola o dándole un nuevo uso— solo parece posible si ante todo y sobre todo se analiza el derecho como es. Desde esta perspectiva, la teoría jurídica de Hans KELSEN permanece insuperable y el *Dictamen* que él ofreció a Brasil en 1933 es una buena prueba de esto.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G., 1995: *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi, 233 pp.

— 2010: «Arqueología filosófica», en G. AGAMBEN, *Signatura rerum*: sobre el método. Trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso, Barcelona: Anagrama, 109-150.

AFONSO, E. M. M., 1984: *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 312 pp.

BENJAMIN, W., 2011: «Para uma crítica da violência», en W. BENJAMIN, *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Org., apresentação e notas Jeanne Marie Gagnebin. Trad. de Susana Kampff Lages y Ernani Chaves, São Paulo: Duas Cidades/Editora, 34, 121-156, 171 pp.

BRASIL, 1935: «Aviso n. 9, de 11 do corrente, relativamente à autorização da emissão de apólices da divida publica federal», *Diário Oficial da União* (DOU), 8701-8704, 2 mai.

— 2013: *Decreto núm. 22.621, de 05 de abril de 1933*. Disponible en el «Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil». Acesso em 17 set.

CONTE, A. G., 2007: «Hans Kelsen's deontics», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.). *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 331-341, 627 pp.

COVER, R. M., 1985-1986: «Violence and the word», *The Yale Law Journal*, núm. 95, 1601-1629.

[36] H. LINDAHL, «El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 94, 1996, 66.

D'Almeida, L. D.; Gardner, J., y Green, L. (eds.), 2003: *Kelsen revisited: new essays on the pure theory of law,* Oxford: Hart, 288 pp.

Giacoia Junior, O., 2008: «Sobre direitos humanos na era bio-política», *Kriterion: Revista de Filosofia,* vol. XLIX, núm. 118, 267-308, julio/diciembre.

Goyard-Fabre, S., 1994: «De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen», en P. Amselek (org.). *Théorie du droit et science*, Paris: Presses Universitaires de France, 211-232.

Hammer, S., 2007: «A neo-kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?», en S. L. Paulson y B. L. Paulson (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 177-194, 627 pp.

Honoré, T., 2007: «The basic norm of society», en S. L. Paulson y B. L. Paulson (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 89-112, 627 pp.

Kelsen, H., 1963: *A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 175 pp.

— 1992: *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon, 214 pp.

— 1995: «A competência da Assembleia nacional constituinte de 1933/34», *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 9, 5-11.

— 1997: *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 427 pp.

— 1998: *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. Estudo introdutório de Mario G. Losano, São Paulo: Martins Fontes, 149 pp.

— 2005: *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 637 pp.

Lindahl, H., 1996: «El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 94, 47-72.

Luf, G., 2007: «On the transcendental import of Kelsen's basic norm», en S. L. Paulson y B. L. Paulson (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 221-234, 627 pp.

Matos, A. S. de M. C., 2006: *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*, 2.ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 330 pp.

— 2011: «A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 58, 41-84, janeiro/junho.

— 2012: «An alternative approach to the basic norm: logical-transcendental hypothesis, fiction or scientific postulate?», *Jura*, vol. 18, núm. 2, 137-147.

— 2013: «Kelsen e a violência: uma leitura crítica das "limitações" da teoria pura do direito», en J. A. de Oliveira y A. T. G. Trivisonno (orgs.), *Hans Kelsen: teoria jurídica e política,* Río de Janeiro: Forense, 253-279, 334 pp.

— 2015: *Filosofía radical y utopía*: inapropiabilidad, *an-arquia, a-nomia*. Trad. y prólogo de Francis García Collado, Bogotá: Siglo del Hombre, 216 pp.

Raz, J., 2007: «Kelsen's theory of the basic norm», en S. L. Paulson y B. L. Paulson (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson y Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 47-67, 627 pp.

Schmitt, C., 1991: *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951.* Ed. Fr. von Medem. Berlin: Duncker & Humblot, 364 pp.

SOMEK, A., 2006: «Stateless law: Kelsen's conception and its limits», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 753-774.

SOSOË, L., 1986: «La distinction de l'être et du devoir-être dans la théorie pure du droit», *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, núm. 9, 65-81.

TREVES, R., 1989: «Kelsen y la sociología», en Ó. CORREAS (org.), *El otro Kelsen*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 195-214, 374 pp.

WRIGHT, G. H. VON, 2007: «Is and ought», en S. L. PAULSON y B. L. PAULSON (orgs.), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes.* Trad. de Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson and Michael Sherberg, New York: Oxford-Clarendon, 365-382, 627 pp.

VORBEMERKUNG

Die an mich gestellten Fragen beantworte ich nicht von einem politischen oder naturrechtlichen, sondern ausschliesslich und allein von einem positivrechtlichen Standpunkt aus. Ich gehe dabei von der Voraussetzung aus, dass für die Stellung und Kompetenz der konstituierenden Nationalversammlung keine andere Rechtsnorm in Betracht kommt, als die Verordnung Nr. 22621 vom 7. April 1933.

I

1. Es gibt keinen wesentlichen Unterschied zwischen einer de facto und einer de jure Regierung; nicht im Völkerrecht und noch viel weniger auf dem Gebiete des Verfassungsrechts. Unter der Voraussetzung, dass die provisorische Regierung die höchste gesetzgebende Autorität ist, die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen ist, ist sie zweifellos zuständig, die Frage der Einberufung und der Zuständigkeit einer konstituierenden Nationalversammlung zu regeln.

2. Der Erlass der zitierten Verordnung bedeutet keine Beeinträchtigung der «Souveränität» der konstituierenden Nationalversammlung. Der Begriff der Souveränität im eigentlichen Sinn des Wortes hat überhaupt keinen Platz im Bereiche des positiven Rechtes. Nicht einmal der Staat als solcher ist souverän; da über ihm das ihn berechtigende und verpflichtende Völkerrecht steht. Noch viel weniger kann von irgedeinem Organ des Staates gesagt werden, dass es souverän sei. Für die konstituierende Nationalversammlung käme nur in Frage, ob sie die Eigenschaft eines ursprüngliches und höchsten Organes hat, das zur Gesetzgebung kompetent und dessen Gesetzgebungskompetenz unbeschränkt ist. Das wäre nur dann der Fall, wenn die konstituierende Nationalversammlung selbst unmittelbar aus der Revolution hervorgegangen wäre. Dem ist jedoch nicht so. Die rechtliche Existenz und die Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung beruht auf der Verordnung vom 7. April 1933. Sie ist ein durch ein anderes Organ geschaffenes Organ, das auf legalem Wege entstanden ist. Daran kann die Tatsache nichts ändern, dass sie den Namen «konstituierende Nationalversammlung» führt. Aus diesem Namen lassen sich keinerlei rechtlichen Qualitäten ableiten.

3. Die konstituierende Nationalversammlung hat keine anderen Rechte als jene, die ihr durch die Verordnung vom 7. April 1933 eingeräumt sind. Sie hat daher nicht

das Recht, diese Verordnung aufzuheben und eine andere an ihrer Stelle zu setzten. Die Verordnung verpflichtet die konstituierende Nationalversammlung in dem Sinne, dass sie ihre Funktion regelt und insbesondere ihre Zuständigkeit bestimmt. Die Verordnung ist ein wesentliches Stück der derzeit geltenden Verfassung. Im Verhältnis zu Ihr hat die sogenannte konstituierende Nationalversammlung keinen verfassungsgebenden sondern einen verfassung-vollziehenden Charakter. Verletzt sie die Bestimmungen der Verordnung, so verletzt sie die geltende Verfassung. Das kann unter Umständen ein Versuch sein, sich auf einen revolutionärem Wege zu einem wahrhaft konstituierenden, das heisst in jeder Hinsicht verfassungsgebenden also ursprünglich-höchsten verfassungsgebenden Organ zu machen.

II

1. Artikel 101 und 102 der Verordnung vom 7. April 1933 bedeuten eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Eine Beeinträchtigung ihrer Souveränität jedoch liegt nicht vor, da sie aus den oben erwähnten Gründen weder souverän im eigentlichen Sinne des Wortes noch ein ursprünglich höchstes Gesetzgebungsorgan ist.

2. Die Bestimmung der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die Wahl des Präsidenten der Republik bedeutet gleichfalls nicht eine Einschränkung der Zuständigkeit der konstituierenden Nationalversammlung, indem diese durch die Verordnung nur ermächtigt ist, eine republikanische Verfassung zu beschliessen. In diesem Punkt, das heisst im Bezug auf die Staatsform, ist der Inhalt der künftigen Verfassung bereits durch die Verordnung vom 7. April 1933 bestimmt.

III

1. und **2.** Was zu Punkt II, 2 gesagt wurde gilt analogerweise auch im Bezug auf den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung. Dieser bildet ebenso wie die republikanische Staatsform eine Schranke für die gesetzgeberische Tätigkeit der konstituierenden Nationalversammlung. Ein Überschreiten dieser Grenze bedeutet einen Bruch der schon geltenden Verfassung. Die Bestimmungen der Verordnung vom 7. April 1933 betreffend die republikanische Staatsform und den bundesstaatlichen Charakter der künftigen Verfassung sind nicht direkt, sondern nur indirekt getroffen. Das ist eine rechtstechnisch zwar sehr bedenkliche, aber immerhin mögliche und leider gar nicht seltene Methode, den gesetzgeberischen Willen auszudrücken.

IV

Die Machtbefugnisse einer aus einer Revolution hervorgegangenen Regierung lassen sich —positivrechtlich— nicht aus den politischen Ziele bestimmen, die revolutionäre Bewegung ursprünglich hatte. Die Bezeichnung einer Regierung als «provisorische» hat in der Regel nur politische, keinerlei positivrechtliche Bedeutung. Eine

auf revolutionärem Wege gebildete Regierung hat jene Machtvollkommenheiten, die sie selbst in Anspruch nimmt, vorausgesetzt dass sie im Stande ist, ihren Anordnungen im grossen und ganzen Gehorsam zu verschaffen. Es ist das Prinzip der Effektivität, das für die unmittelbar aus der Revolution hervorgegangenen Regierung als Prinzip des positiven Rechts gilt. Hinweis auf die Absichten der revolutionären Bewegung ist keine hinreichende Begründung dafür, dass die Regierung verpflichtet sein soll, ihre Machtvollkommenheiten an die von ihr selbst geschaffene konstituierende Nationalversammlung zu übertragen.

V

Die Antwort auf diese Frage ist bereits mit der Antwort auf die unter IV. gestellte Frage gegeben.

Genf, am 14. Oktober 1933.
Prof. Hans KELSEN

EN DEFENSA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO*

Josep Aguiló Regla

Universidad de Alicante
josep.aguilo@ua.es

RESUMEN. Tras caracterizar el Estado constitucional de Derecho y el proceso de constitucionalización de los órdenes jurídicos en el ámbito iberoamericano, el autor se centra en tres objeciones (la objeción contramayoritaria, la objeción a los derechos como principios y la objeción al judicialismo) que, en su opinión, ponen de manifiesto la incapacidad de parte de la cultura jurídica interna para adaptarse al Estado constitucional de Derecho. En consecuencia, considera urgente construir (y extender) el *constitucionalismo jurídico*: una teoría del Derecho adaptada al nuevo marco institucional.

Palabras-clave: Estado constitucional, constitucionalismo, democracia, principios, derechos, judicialismo, activismo judicial, constitucionalismo jurídico.

In defense of the Constitutional Rule of Law

ABSTRACT. After characterizing the «constitutional rule of law» states and the process of constitutionalization of legal systems in the Ibero-American sphere, the author discusses three difficulties (the counter-majoritarian one, the critique to viewing rights as principles, and the problem of judicial activism) that show the inability of part of the internal legal culture to assume the requirements of a constitutional rule of law. Consequently, the author considers it is urgent to build a *legal constitutionalism*: a theory of law adapted to the new institutional framework.

Keywords: constitutional state, constitutionalism, constitutional rule of law, democracy, principles, rights, judicial activism, legal constitutionalism.

---

* Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2019.

Este texto reproduce la conferencia inaugural impartida en el marco del *Primer Seminario Internacional de Argumentación Jurídica, Constitucionalismo y Democracia* que, organizado por la Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica (un foro de discusión jurídica creado por exalumnos del Máster de Argumentación Jurídica de Alicante), tuvo lugar en la Escuela Libre de Derecho (Ciudad de México) y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM los días 29, 30 y 31 de octubre de 2018.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.04

1. ¿POR QUÉ «EN DEFENSA»?

Porque creo que el Estado constitucional de Derecho se halla en peligro, en riesgo de extinción. No se trata de hablar aquí de crisis constitucionales como la brasileña (originada por la destitución/golpe contra Dilma Rouseff) o la española (como consecuencia del embate independentista en Cataluña). No es eso lo que me preocupa. Cada una de esas crisis tiene componentes idiosincrásicos que la particulariza; aunque tal vez ocurra que no sean otra cosa que manifestaciones diferentes de un mismo fenómeno más general: la tendencia de las poblaciones actuales a polarizarse en frentes antagónicos e irreconciliables que hace imposible la práctica de una política democrático-deliberativa bajo el paraguas de una constitución. Sea como fuere, en esta lección quiero ocuparme de la incapacidad de gran parte de la cultura jurídica interna para atribuir valor civilizatorio al Estado constitucional de Derecho. Este valor proviene de algo tan sencillo como que el éxito de un Estado constitucional presupone que se haya producido la estabilización de las expectativas políticas y jurídicas en torno a dos cosas bien valiosas: la democracia política y la garantía de los derechos fundamentales. Y la responsabilidad de los juristas (o de muchos de ellos) proviene de socavar de manera contumaz la racionalidad que subyace al entramado institucional que llamamos Estado constitucional de Derecho; es decir, de la contumacia en privar de valor a la práctica jurídica generada al amparo de una constitución de un Estado constitucional. Para mostrarlo me centraré en tres grandes discusiones propias de la cultura jurídica interna (es decir, la de los juristas académicos y los profesionales del Derecho) que son el producto, en mi opinión, de una profunda incomprensión del valor del Estado constitucional. Me refiero a los debates en torno al carácter contramayoritario de las instituciones constitucionales, en torno a la caracterización de los derechos como principios y, finalmente, en torno al activismo judicial (la discusión entre formalismo y activismo judiciales). Naturalmente esta incomprensión de muchos juristas acaba teniendo consecuencias en las actitudes, valores y creencias de la cultura jurídica externa, es decir, de la gente en general.

Pero vayamos por partes. Empecemos por lo más básico, ¿qué cabe entender por Estado constitucional de Derecho?; continuemos por lo más próximo, es decir, el Estado constitucional en Iberoamérica; y, finalmente, abordemos algunos clichés de la cultura jurídica interna que erosionan la viabilidad jurídica del Estado constitucional.

2. SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO[1]

2.1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Estado constitucional de Derecho?

No han sido pocos los autores (juristas y teóricos del Derecho) que han pretendido caracterizar al Estado constitucional de Derecho a partir de rasgos meramente

[1] Lo que se va a decir en este epígrafe y el siguiente viene a ser un epítome de teoría constitucional extraído de trabajos míos anteriores. Entre otros: *La constitución del Estado constitucional* (Lima, Palestra, 2004), «Darse una constitución, tener una constitución y vivir en constitución» (en *Isonomía*, núm. 28, 2008, 67-86),

estructurales. Según ellos, un Estado constitucional de Derecho se distinguiría por contar con una constitución rígida (de difícil o imposible modificación) y normativa (no meramente programática, sino que impone deberes directamente aplicables por los juristas en sus razonamientos jurídicos ordinarios). Vista así, la constitución cumple una función estrictamente conservadora pues impide el cambio jurídico: la *lex superior* de la constitución inhibe la *lex posterior* de la legislación. Naturalmente, lo anterior es cierto pero no es suficiente para caracterizar la constitución de un Estado constitucional, pues no todo Estado con una constitución rígida es un Estado constitucional. La rigidez y la normatividad constitucionales son garantías de algo distinto a ellas mismas; y el valor atribuido a «ese algo» es precisamente lo que dota de sentido y nos permite apreciar esas garantías. «Ese algo» no es otra cosa que los derechos del constitucionalismo. No toda constitución es una constitución del constitucionalismo porque no toda constitución garantiza los derechos del constitucionalismo.

2.2. El constitucionalismo y los males potenciales de todas las dominaciones políticas

2.2.1. Suele decirse que los ideales del constitucionalismo quedaron plasmados en el art. 16 de la declaración francesa de «derechos del hombre y del ciudadano» de 1789 al declarar que «una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución». Este es el tópico compartido desde el que suele partir cualquier explicación del constitucionalismo.

2.2.2. En mi opinión, sin embargo, la mejor manera de entender el constitucionalismo es mirarlo desde la perspectiva del compromiso con la denuncia de lo que podría llamarse el «seudoconstitucionalismo»: el uso del prestigio del constitucionalismo para ocultar las diversas formas de dominación política. Es decir, el seudoconstitucionalismo sería la forma ideológica (falseadora de la realidad) del constitucionalismo. Para ello, hay que dotar al constitucionalismo de un sentido liberador; erradicador de ciertos males potenciales, característicos y comunes, de todas las dominaciones políticas.

2.2.3. Hay cuatro males potenciales y característicos de toda dominación política. Estos males potenciales son universales: ningún sistema jurídico-político está definitivamente inmunizado frente a ellos. Por ello, el constitucionalismo arma a los ciudadanos con los derechos que operan como títulos que les permiten enfrentarse a esos males potenciales y característicos en las diversas formas en que puedan manifestarse. ¿Cuáles son esos males y esos derechos?[2].

a) El mal de la *arbitrariedad*. Por definición, en la relación jurídico-política algunos están llamados a mandar y otros, a obedecer; por tanto, el ciudadano está sometido. Ahora bien, en la relación política legítima se está sometido solo a normas, no a personas. El mal potencial de la arbitrariedad consiste en verse sometido a la pura

---

«El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli» (en *Doxa*, núm. 34, 2011, 55-71), «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta» (en *Doxa*, núm. 35, 2012, 235-258).

[2] Naturalmente el debate actual sobre el constitucionalismo abarca derechos que van más allá de los aquí referidos. Piénsese, por ejemplo, en los llamados derechos colectivos o en los derechos culturales, etc. Como es obvio, este debate no afecta a nuestra aproximación conceptual al Estado constitucional.

voluntad de personas; y ninguna dominación política está inmunizada frente a ese mal. La medida higiénica para prevenir este mal es el reconocimiento de los derechos vinculados al *imperio de la ley* y/o al *debido proceso.* El sentido de estos derechos es dar un título («empoderar» se dice ahora) al ciudadano para que pueda defenderse frente a la arbitrariedad.

b) El mal del *autoritarismo* es la tendencia de quien tiene poder político a creer que su título le autoriza a ordenarlo todo: que puede regular cualquier cosa y que puede dotar a esa regulación de cualquier contenido. Frente a este mal potencial de la relación política se reconocen los llamados *derechos de libertad.* El sentido de tales derechos no es otro que el de generar esferas de inmunidad para el ciudadano que se traduzcan en incompetencias para el soberano. Los derechos de libertad dan un título permanente al ciudadano para combatir las inclinaciones al autoritarismo en cualquiera de las formas en que este se manifieste.

c) El mal del *despotismo* equivale al «sin el pueblo»; es decir, la tendencia de las dominaciones políticas a excluir a los ciudadanos de las decisiones políticas que les afectan. El mal del despotismo se concreta en la generación de excluidos políticos. Para que los ciudadanos puedan defenderse de esta tendencia a la exclusión se crean los llamados derechos *democráticos* o derechos *de participación política* que, como mínimo, aseguran al ciudadano un poder de remoción de las élites políticas.

d) El mal de la *exclusión social.* La exclusión política no es lo mismo que la exclusión social. Esta última se genera cuando aparecen colectivos de personas que no consiguen nunca que sus intereses sociales queden reflejados en esa peculiar composición de intereses sociales que llamamos «interés general». Para combatir este mal se crean los *derechos sociales* (y/o de igualdad real o de oportunidades) que no son otra cosa que intereses sociales que el sistema jurídico-político no puede dejar de satisfacer. Es decir, los derechos sociales tratan de asegurar ciertos intereses y oportunidades a todos los ciudadanos.

2.3. El constitucionalismo de los derechos

2.3.1. A este entramado de derechos suele llamársele *«constitucionalismo de los derechos».*

2.3.2. Si se analizan correctamente los derechos contemplados en *a)* y en *c)*, es decir, los vinculados al debido proceso y los derechos democráticos, constituyen la concepción de la *autoridad legítima* del constitucionalismo. Ellos vienen a determinar quién y cómo puede ordenar legítimamente a los ciudadanos. Los derechos referidos en *b)* y en *d)*, esto es, los derechos de libertad y los derechos sociales, vienen a constituir la concepción de la *justicia* del constitucionalismo. Es decir, vinculan a todos y sirven para determinar lo que no es legítimo prohibir ni obligar, y lo que no se puede negar (dejar de prestar) legítimamente a nadie. Establecen, por decirlo de alguna manera, contenidos imposibles y necesarios para el sistema jurídico-político.

2.3.3. Lo anterior significa que tanto la concepción de la autoridad legítima como la de la justicia están configuradas sobre la base de los derechos. Y ello constituye una gran novedad histórica que, usando los términos de Bobbio, permite advertir que la

relación política ya no es solo analizable *ex parte principi* (desde la parte del príncipe, del llamado a mandar), sino fundamentalmente *ex parte populi* (desde la parte del pueblo, de los llamados a obedecer). Si bien se considera, esta novedad histórica tiene un gran alcance civilizatorio.

2.3.4. El constitucionalismo de los derechos bien entendido implica dos cosas muy relacionadas entre sí. La primera es que los derechos cumplen esencialmente un papel de *fundamentación* dentro del sistema jurídico-político: fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos, esto es, el deber de obediencia (no en vano fundamentan la autoridad legítima), como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan una idea de justicia que determina los contenidos necesarios e imposibles). La segunda es que la tradicional *tensión entre autoridad y justicia* se plantea de manera bien peculiar en el constitucionalismo de los derechos: pues tanto la autoridad legítima como la justicia encuentran su fundamento en los derechos de los gobernados.

2.4. De nuevo sobre el Estado constitucional de Derecho

2.4.1. *Los derechos* son, pues, aquello que *dota de sentido y valor* a la rigidez (la *lex superior* destinada a inhibir la *lex posterior*) y a la normatividad (los vínculos materiales) de la constitución. Sin el valor de los derechos, esas propiedades (esas garantías) simplemente no se entienden y resultan insoportables.

2.4.2. Ahora bien, esas mismas propiedades plantean al constitucionalismo un *dilema* aparentemente irresoluble. Si el constitucionalismo no se hace rígido y normativo, entonces no garantiza los derechos; pero si se hace rígido y normativo, entonces «somete a los vivos a la tiranía de los muertos».

2.4.3. Se ha escrito muchísimo sobre este dilema. En mi opinión, solo hay una salida: atribuir a los derechos un papel de fundamentación y atribuir a la práctica constitucional un *rol* esencialmente *interpretativo* de dichos *derechos.* La forma, pues, de evitar los términos indeseables de «ausencia de garantía de los derechos» y de «sometimiento de las generaciones vivas al pasado» consiste en analizar la continuidad de la práctica constitucional en términos interpretativos de los derechos. Ello se traduce necesariamente en un *equilibrio* razonable entre *rigidez* (impedimento del cambio) y *apertura regulativa* (adaptabilidad interpretativa); continuidad del valor y adaptabilidad interpretativa de las normas que lo garantizan.

2.4.4. La idea de constitución así entendida connota lo fundamental (los derechos), lo permanente, lo estable, el marco compartido, el consenso, lo indisponible para todos, lo asegurado a todos, etc. Ahora bien, para que una constitución pueda connotar todo eso tiene que haber resuelto dos problemas básicos: el problema del consenso y el del compromiso.

— El problema del *consenso* es que la constitución tiene que unir a las poblaciones y a las diferentes facciones políticas en torno a un texto. Sin aceptación, difícilmente puede haber constitución. En múltiples ocasiones, alcanzar el consenso exige recurrir a una regulación de principios y a la formulación de cláusulas normativas abiertas.

— El problema del *compromiso* consiste en lo siguiente: el éxito de una constitución pasa necesariamente por su permanencia en el tiempo (pues se considera que hay algo contradictorio entre la idea de constitución y la de su continua revisión) y, sin embargo, tenemos dificultades para atarnos normativamente hacia el futuro (tenemos inseguridad práctica respecto de lo que consideraremos correcto en el futuro, respecto de los vínculos normativos a asumir). Esta tensión entre la necesidad de permanencia en el tiempo y la dificultad para concretar los compromisos normativos hacia el futuro explica la necesidad de recurrir en muchas ocasiones a una normatividad saturada de principios y de conceptos valorativos.

2.4.5. Lo que en el momento de *«darse una constitución»* se ve como problemas de *consenso* y de *compromiso*; se ve como problemas de *interpretación* de principios en el momento de usar y/o de *«aplicar una constitución».* Si tiene sentido acudir a principios y cláusulas abiertas para resolver los problemas de consenso y de compromiso en el momento de darse una constitución, tiene que tener sentido interpretarlos en el momento de su aplicación. En ocasiones, pues, la regulación abierta de las constituciones no es un defecto, es más bien una necesidad práctica: se trata, en realidad, de estabilizar una práctica deliberativa e interpretativa en torno a los derechos, donde estos juegan un papel de fundamentación. Ello muestra de manera patente las diferencias entre una constitución y una ley. Lo que es virtud en la constitución (p. ej., la regulación abierta), puede resultar un grave defecto de la ley; y a la inversa.

3. SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

Todo lo dicho hasta ahora es aplicable a casi todos los órdenes jurídicos que llamamos Estados constitucionales. Ahora bien, hay algo que es predicable de los Estados constitucionales iberoamericanos (aunque no solo de ellos) y que, sin embargo, no es predicable de otros Estados constitucionales. Me refiero al proceso conocido como la «constitucionalización del orden jurídico».

3.1. El proceso de constitucionalización del orden jurídico

3.1.1. Los Estados constitucionales en Iberoamérica cuentan, como todos los demás, con una constitución rígida y normativa que asume los parámetros valorativos del constitucionalismo de los derechos. Pero se caracterizan también por ser Estados que provienen de una cultura jurídica legalista, de la tradición del *Civil Law*. Ello significa que en estos países el ideal jurídico y político del Estado de Derecho se ha construido tradicionalmente en torno a la idea del «imperio de la ley». Son Estados constitucionales porque cuentan con una constitución con las características antes mencionadas, pero en los que el razonamiento jurídico ha sido tradicionalmente solo *sub lege.* Conforme a este modelo tradicional, el razonamiento jurídico ordinario no quedaba penetrado por argumentos de naturaleza constitucional porque la legislación constituía el umbral del marco jurídico de referencia para el jurista.

3.1.2. Ello ha supuesto que todos los Estados constitucionales de la zona han emprendido en diferentes grados e intensidades un proceso de constitucionalización de

sus órdenes jurídicos. Por decirlo en términos descriptivos: a medida que los juristas van introduciendo argumentos constitucionales en la resolución de sus casos ordinarios, se va produciendo el fenómeno de la constitucionalización[3]. El *dictum*: «De la interpretación de la constitución conforme a la ley a la interpretación de ley conforme a la constitución» expresa de manera contundente y sintética las implicaciones y el alcance del referido proceso de constitucionalización.

3.1.3. Como cuestión de hecho, el fenómeno de la constitucionalización no puede ser negado; y, en realidad, nadie lo niega. Otra cosa es la valoración que se haga del mismo.

3.2. La valoración del proceso de constitucionalización

3.2.1. No han sido pocos los autores que en este proceso solo han visto un traslado de poder desde el legislativo al judicial. Es decir, del poder de los legisladores al poder de los jueces y, en consecuencia, han considerado que se estaban debilitando las exigencias normativas derivadas del «gobierno de las leyes» y que se estaba retrocediendo hacia esquemas vetustos vinculados al «gobierno de los hombres» (de las élites intelectuales y judiciales). El Derecho —dirán estos críticos del proceso de constitucionalización— está dejando de ser general (pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el Derecho del caso), claro (la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo), coherente (los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos), etc. La crítica, en definitiva, consiste en afirmar que la referida evolución supone un retroceso «civilizatorio», pues se estarían minando las bases sobre las que estaban construidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho.

3.2.2. Pero esta no es la única forma de verlo. Muchos juristas hemos valorado positivamente esta evolución y hemos asumido la constitucionalización de nuestros órdenes jurídicos como un proyecto. Como una gran oportunidad para mejorar (civilizar) nuestras prácticas jurídicas. Si bien se considera, una buena parte del trabajo intelectual del grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante ha consistido en tratar de contribuir a construir una teoría del Derecho adaptada a ese proceso de constitucionalización; y ese empeño provenía de la conciencia de oportunidad. Y por qué no decirlo también: siempre hemos pensado que el proyecto docente del «Máster de argumentación jurídica de Alicante» tenía una dimensión política clara: extender la conciencia de la oportunidad de mejora de nuestras prácticas jurídicas que implicaba el proceso de constitucionalización. Y otro tanto puede decirse de nuestra participa-

---

[3] R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, G. Giappichelli editore, 2006, 239 y ss. «En un orden jurídico no constitucionalizado —escribe GUASTINI— el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas» (p. 240).

ción en el proyecto de la I-Latina (Iusfilosofía del mundo latino). No hace falta aclarar que no es lo mismo valorar positivamente ese proceso que dar por bueno todo lo que se ha hecho en nombre de un supuesto «nuevo constitucionalismo latinoamericano». Aquí no voy a referirme a él, pero sí quiero mostrar todas las distancias respecto del mismo. En cualquier caso y a modo de conclusión puede decirse que la *correcta constitucionalización* del orden jurídico, en la medida en que ha supuesto una estabilización de las expectativas jurídicas y políticas en torno a la democracia y a la deliberación sobre el alcance de los derechos fundamentales, ha producido una mejora indudable de nuestras prácticas jurídicas.

3.2.3. Aunque no voy a detenerme aquí en ello, lo mismo puede decirse, me parece, del proceso de internacionalización del constitucionalismo de los derechos y de su jurisdicción. Habrá luces y sombras, pero su balance es netamente positivo. Piénsese simplemente en las implicaciones que tiene para el mundo jurídico la abolición de la doctrina de los «asuntos internos» para referirse a las violaciones de los derechos humanos y el abandono de las lecturas meramente idiosincrásicas de los mismos.

4. TRES INCOMPRENSIONES DE LOS JURISTAS QUE LASTRAN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

4.1. La objeción contramayoritaria

4.1.1. En mi opinión, en los últimos tiempos, la cuestión de la legitimidad democrática tiende a plantearse en términos un tanto sesgados por influencia de las concepciones meramente procedimentalistas de la democracia. En efecto, en muchas ocasiones se sostiene que solo donde rige la regla de la mayoría puede hablarse de legitimidad democrática, mientras que las instituciones que se rigen por otros criterios de legitimidad no son democráticas (o dudosamente lo son). Naturalmente, la llamada objeción contramayoritaria pone en jaque la estructura misma del Estado constitucional, pues por definición la constitución rígida rompe la regla de las mayorías y sus dos principios básicos: «un hombre un voto» y «todos los votos valen lo mismo». Si la constitución es rígida, el voto del que quiere conservar la constitución vale más que el voto del que quiere cambiarla. Ello naturalmente se ha utilizado para debilitar la legitimidad democrática del Estado constitucional.

4.1.2. Lo anterior constituye, me parece, un error; error que consiste en identificar legitimidad democrática con «deber de representación política». En efecto, hay muchas instituciones democráticas cuya legitimidad pende del hecho de que sus integrantes cumplan con sus «deberes de representación» de intereses sociales. Todas las instituciones representativas, aquellas cuya legitimidad está vinculada a la representación política, se rigen por criterios mayoritarios. En ellas se trata de componer «el interés general» a partir de la representación de intereses de grupos sociales considerados legítimos. Esta es, sin duda, una parte muy importante de la legitimidad democrática; pero solo una parte. En relación con ella, los males por antonomasia son la exclusión política y la exclusión social. Pero hay otras instituciones, como pueden ser los casos de

los tribunales supremos, constitucionales o internacionales, que se rigen por criterios de legitimidad que nada tienen que ver con las mayorías, la representación política ni la «negociación» del «interés general». Que ello sea así no disminuye ni un ápice su legitimidad democrática. La tarea de estas instituciones está vinculada al control de la exclusión política (la violación de los derechos de participación política), por un lado, y de la violación de los derechos (de los límites) en la negociación política, por otro. Nótese que es un lugar común definir los derechos fundamentales como lo que debe quedar fuera de toda negociación política, lo protegido frente a la negociación, lo no negociable. En consecuencia, la democracia fundada en derechos es también contramayoritaria: la democracia no es disponible «por la mayoría». Pues bien, en mi opinión, tan democrática es la aceptación de la regla de la mayoría como el reconocimiento de derechos (de lo no negociable, de lo no disponible); tan democrático es el *deber de representación* de intereses sociales de las autoridades políticas como el *deber de independencia* (prohibición de representación de intereses sociales) de las autoridades jurisdiccionales. En abstracto, la división del trabajo entre legisladores y jueces «constitucionales y/o internacionales» en el marco de un Estado constitucional no me parece particularmente problemática en términos de legitimidad. Naturalmente, ello no significa que no haya problemas, sino que los problemas deben de situarse en otra parte.

4.1.3. En el ámbito del Estado de Derecho, la *independencia* (autoridades jurisdiccionales) como criterio de legitimidad se construye esencialmente en oposición a los otros dos grandes criterios de legitimidad, la *representación* (autoridades políticas) y la *sujeción* (autoridades administrativas). En efecto, en el Estado de Derecho la legalidad de la actuación es condición necesaria para la justificación (legitimidad) de la acción de cualquier órgano público. Ahora bien, las autoridades administrativas además tienen entre otros un deber de *sujeción,* es decir, un deber de obediencia a sus superiores. Luego los juicios de legitimidad de su actuación incorporan entre otros elementos una combinación de juicios de legalidad y de sujeción. Las autoridades políticas, a su vez, tienen entre otros un deber de *representación* de intereses sociales. En consecuencia, los juicios de legitimidad respecto de su actuación incorporan también una combinación de juicios de legalidad y de representación. La legitimidad de las autoridades jurisdiccionales gira también en torno a la legalidad, pero el deber de *independencia* se construye esencialmente en oposición a los otros dos criterios de legitimidad recién mencionados. El deber de independencia prohíbe, por un lado, someterse a personas, es decir, la sujeción (el actor independiente solo tiene permitido someterse a normas); y, por otro, cumplir funciones de representación de grupos y/o intereses sociales (el actor independiente tiene prohibido representar intereses propios o ajenos).

4.1.4. Los problemas de legitimidad democrática se producen cuando los ciudadanos perciben que una determinada institución «traiciona» los criterios de legitimidad que le son propios. La legitimidad democrática padece siempre que los ciudadanos perciben que sus «representantes» no les «representan» porque incumplen el deber de velar por sus intereses (es decir, cuando desconfían y sospechan que sus representantes velan por «intereses inconfesables»). Pero la legitimidad democrática padece también cuando los llamados a dirimir ciertas contiendas desde la indepen-

dencia son percibidos como representantes; es decir, cuando los jueces que deben controlar los límites de lo negociable políticamente son percibidos como una mera extensión de la representación política (es decir, cuando los ciudadanos desconfían de su independencia). En mi opinión, atenta tanto contra la legitimidad democrática el incumplimiento del deber de representación en el ámbito en el que rige este principio, como el incumplimiento del deber de independencia en su respectivo ámbito[4].

4.2. La objeción a los derechos como principios constitucionales

4.2.1. Muchos juristas piensan que considerar que los derechos son principios debilita su normatividad porque los somete al riesgo permanente de ser derrotados a través de la ponderación. Quienes así piensan no entienden, me parece, los derechos, los principios ni la ponderación. Pero vayamos por partes.

4.2.2. Entender bien los principios, en oposición a las reglas, supone reconocer tres cosas. La primera es que los principios, al igual que las reglas, son normas regulativas que imponen deberes. El principio de igualdad, por ejemplo, es perfectamente formulable en términos deónticos como la «prohibición de discriminar». La segunda es que, a diferencia de las reglas, los principios no definen un caso genérico mediante propiedades descriptivas que excluyan la deliberación práctica en el momento de su aplicación. En consecuencia, al no definir caso, todo razonamiento de principios implica siempre una deliberación respecto de la relevancia o no del principio para el caso que se trata de resolver. Y la tercera es que los principios cumplen un papel de fundamentación en relación con las reglas; las dotan de un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes jurídicos.

4.2.3. Lejos de lo que inopinadamente suele repetirse, los principios no debilitan a las reglas. Y no lo hacen porque el punto de partida es que toda regla expresa ya una ponderación de principios y, en consecuencia, tiene siempre una justificación: tiene un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes jurídicos. Por ello, la ponderación es, en realidad, una operación anterior y más básica que la subsunción; pues toda regla presupone ya una ponderación. No hace falta insistir en que no se trata de una cuestión de hechos, sino de método: en los hechos no hay forma de dirimir si una regla expresa únicamente una voluntad o también una ponderación. Este punto es fundamental porque acaba afectando a todas las operaciones del método jurídico que tengan que ver con la idea de «correcta aplicación del Derecho (de las reglas)». Todas esas operaciones guardan relación con la noción de «lealtad a las reglas», de «aplicación leal de las reglas»: ¿Ser leal a una regla es serlo solo a su expresión lingüística o serlo también a la ponderación que la justifica? O la misma distinción entre casos fáciles y casos difíciles se ve afectada por la alternativa anterior: ¿la facilidad/dificultad de un caso en relación con su premisa normativa, depende solo de cuestiones semánticas o

[4] En este punto, no quiero dejar de referirme al tribunal constitucional español. Lleva diez años sin dictar sentencia declarando la constitucionalidad de la ley del aborto. ¿Por qué no lo hace? Cualquier explicación que quiera darse pasa por la falta de independencia de algunos de sus magistrados que indebidamente desempeñan funciones de representación de intereses políticos y/o religiosos. Lo que naturalmente acaba erosionando su legitimidad democrática, pero no por ser contramayoritarios, sino por falta de independencia.

también de cuestiones valorativas? ¿La facilidad de un caso depende de la claridad semántica de la regla a aplicar, o de la nitidez de su justificación para el caso a resolver? Los principios no debilitan a las reglas, sino que, muy al contrario, las dotan de sentido práctico.

4.2.4. Otra cosa es que el ámbito justificativo de un principio quede saturado por las reglas que desarrollan ese principio en un momento determinado. Aceptar la normatividad de los principios implica aceptar que las reglas no siempre saturan el ámbito justificado de aplicación de un principio. Por ello, para razonar jurídicamente en términos de principios hay que haber detectado y justificado la existencia de alguna forma de laguna en el nivel de las reglas, pues solo se apela a los principios si se detectan problemas en la aplicación de las reglas. En consecuencia, puede decirse que quien invoque un principio frente a una regla corre siempre con la carga de la justificación. Ello supone mostrar dos cosas: por un lado, que la regla en cuestión tiene sentido práctico, que está orientada a proteger algo valioso; y, por otro, que en el caso en cuestión la regla no es aplicable porque decae su sentido práctico. Todo ello significa que las reglas no permanecen completamente cerradas (insensibles, opacas, etc.) a los principios que las justifican y que el desplazamiento de las mismas supone siempre la formulación de una nueva regla.

4.2.5. Si se entiende lo anterior, entonces se está en condiciones de entender por qué se dice que los derechos constitucionales son principios. La razón es bloquear la tesis positivista de la correlatividad entre derechos y deberes. Dicha tesis puede formularse así: «Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos». Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos. En un sentido trivial, puramente regulativo, es cierto que los derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en sentido justificativo la correlatividad entre derechos y deberes se pierde y, en consecuencia, los enunciados de derechos no son traducibles a enunciados de deberes simplemente transponiendo (invirtiendo) los sujetos de la relación. La transposición sí supone pérdida de significación porque mientras que tiene pleno sentido afirmar que «alguien tiene un deber porque otro tiene un derecho», no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que «alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber». El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.

4.2.6. Los derechos son principios porque son los títulos que justifican la imposición a otros de deberes orientados a garantizarlos. Este carácter de título que tienen los derechos hace que nunca queden saturados por las reglas que en un momento determinado los garantizan. Si bien se considera, el progreso en materia de derechos no consiste tanto en reconocer nuevos derechos cuanto en mejorar las reglas, los deberes que tratan de garantizarlos (las técnicas de protección de los mismos)[5].

---

[5] Por sorprendente que pueda resultar, F. LAPORTA ha jugado un papel muy importante a propósito de esta forma de concebir la relación entre derechos fundamentales y deberes. Su texto «Sobre el concepto de derechos humanos» (en *Doxa,* núm. 4, 1987, 23-46) está en el origen del pospositivismo de muchos de nosotros.

4.3. La objeción al judicialismo (la polémica formalismo *vs.* activismo judiciales)

4.3.1. Con gran frecuencia se oye decir que el «nuevo Derecho», el que es un producto de la constitucionalización del orden jurídico, lo único que hace es permitir que los jueces se escapen de la legalidad, de las exigencias formales derivadas del imperio de la ley. Entre los principios, la ponderación y los derechos, algunos jueces tendrían a su disposición todos los recursos necesarios para saltarse las exigencias formales de sus decisiones y atacar directamente las exigencias de justicia derivadas de los derechos fundamentales y/o de los principios constitucionales. Este es el problema que plantea el activismo judicial.

4.3.2. Así surge el debate entre la alternativa «formalismo judicial» frente a «activismo judicial». El juez formalista sería un juez apegado a la legalidad y desapegado de la constitucionalidad; y el juez activista sería un juez desapegado de la legalidad y apegado a la constitucionalidad (comprometido con la realización de los valores constitucionales). Me interesa destacar que, más allá de otros posibles usos de estas expresiones, en este contexto se usan ambas de forma descalificatoria. Tienen carga emotiva negativa: se acusa/critica a un juez concreto de formalista o activista para mostrar que su decisión se aparta del Derecho bien entendido. Se usa, pues, de forma evaluativa, no descriptiva. Un juez formalista sería un mal juez; un juez activista sería también un mal juez. Planteada así la discusión parece que hubiera que elegir entre males; o peor, quedarse con ambos. La situación recuerda el proverbio judío de que «al elegir entre males, el pesimista elige ambos». En mi opinión, todo ello está mal planteado y conlleva un sinfín de enredos conceptuales.

4.3.3. El primer enredo —y del que derivan algunos otros— tiene que ver con que «formalismo» y «activismo» no son, en sentido estricto, opuestos conceptuales[6]. Para la cultura jurídica, lo que en realidad se opone a «formalismo» es «sustantivismo». No vamos a descubrir ahora la ambigüedad de las palabras y, por tanto, es posible que algunos autores usen los términos «formalismo»/«activismo» de manera que sí quepa afirmar dicha oposición. Este no es el problema, sino que inadvertidamente se vayan produciendo deslizamientos de significado que acaben distorsionando la discusión. Tratemos, pues, de poner orden.

4.3.4. Formalismo se opone a sustantivismo; el formalismo prioriza las razones formales, y el sustantivismo, las razones sustantivas o materiales. En este sentido, la oposición entre formalismo y sustantivismo es ineliminable dentro del razonamiento jurídico. Y, por ello, la oposición entre uno y otro es un ingrediente necesario del Derecho. Pretender prescindir de uno de los dos sería tanto como cercenar un componente esencial.

4.3.5. La explicación de la decisión judicial puede verse como el efecto combinado de la «conciencia jurídica formal» y de la «conciencia jurídica material». Como explicaba Ross: «Puede decirse así que la administración de justicia es la resultante

[6] Cfr. J. J. León, «Formalismo y activismo judicial en la argumentación constitucional», ponencia presentada al Seminario de Teoría del Derecho de Fin de Mundo: «Juicio a los tribunales: aplicación, decisión y creación del derecho», que tuvo lugar en Santiago de Chile en agosto de 2018.

de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica»[7]. Por ello, la discusión sobre la mejor decisión jurídica será siempre el resultado de cómo «tiran del cuerpo esos dos vectores». Del mismo modo que la noción de fuerza centrífuga necesita, para su comprensión, de la de fuerza centrípeta, formalismo y sustantivismo, vistos como fuerzas que tiran de la decisión judicial, se necesitan recíprocamente; y, como es obvio, ninguno de los dos términos tiene connotaciones críticas o peyorativas. Tratemos de mostrarlo.

4.3.6. Tomemos y enfrentemos dos modelos de buen juez debidos a dos autores bien conocidos por todos nosotros. El modelo de Francisco LAPORTA y el de Manuel ATIENZA.

4.3.6.1. El juez ideal de LAPORTA[8] sería un juez deferente al legislador, partidario del modelo de las reglas (y del literalismo en su interpretación) y muy cauteloso con el recurso a los principios y a la ponderación. En este sentido, sería expresión de la conciencia jurídica formal dentro del Estado constitucional; pero si se lee bien a LAPORTA, se verá que la «conciencia jurídica material» no queda excluida del marco del razonamiento jurídico legítimo: el juez ideal de LAPORTA no es un juez ciego a los problemas sustantivos que puedan generarse por la aplicación de las reglas.

4.3.6.2. El juez ideal de ATIENZA[9] es un juez que toma las mejores decisiones (las más justas) sin abandonar nunca los límites del Derecho. En este sentido, es partidario de un juez activo que, más que deferente, debe ser consciente de sus límites; y dentro de estos límites no duda en recurrir a los principios y la ponderación para tomar las mejores decisiones, las correctas, las justificadas. Este juez, que vendría a ser la expresión de la «conciencia jurídica material» dentro del Estado constitucional, no es en absoluto insensible a las razones formales: el juez ideal de ATIENZA es un juez bien consciente de los límites formales del Derecho a la hora de impartir justicia.

4.3.6.3. Estos dos autores han discutido entre ellos y discrepan respecto del ideal de juez. No voy a reproducir aquí los argumentos. Lo interesante, sin embargo, es que ninguno de ellos considera que el modelo de juez de su interlocutor sea ilegítimo en términos jurídicos. El tipo de relación que se daría entre dos jueces que reunieran sus respectivas características sería más o menos esta: *a)* En un porcentaje altísimo de casos rutinarios estarían de acuerdo; pondrían la misma sentencia y/o deliberando entre ellos alcanzarían la misma solución. *b)* En algunos casos especialmente difíciles es plausible pensar que no alcanzarían la misma solución; y que, por tanto, dependiendo de la posición que ocupasen, se formularían respectivamente votos particulares o en disidencia. Ahora bien, aun discrepando respecto de lo correcto se reconocieran recíprocamente plena legitimidad. Y *c)* ambos jueces estarían completamente de acuerdo en la detección de casos de conducta judicial ilegítima o desviada; es decir, de casos en

---

[7] A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1970, 134.

[8] F. LAPORTA, *El Imperio de la ley. Una visión actual,* Madrid, Trotta, 2007.

[9] M. ATIENZA, «Diez tesis sobre el razonamiento judicial», en J. AGUILÓ REGLA y P. GRANDEZ (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza,* Lima, Palestra, 2017.

los que un juez se saltase bien los límites del Derecho, bien los sentidos y/o propósitos mínimos del mismo.

4.3.7. ¿Qué se sigue de todo lo anterior? Tres cosas, me parece:

4.3.7.1. Que la oposición entre formalismo y sustantivismo es ineliminable dentro del pensamiento jurídico y que ambos son «fuerzas» que, cuando se manifiestan, apuntan generalmente a soluciones diferentes. En este sentido, los ideales de juez encarnarán inevitablemente la prevalencia bien de la «conciencia jurídica formal», bien de «la conciencia jurídica material».

4.3.7.2. Que, con independencia del ideal de juez que se asuma, la inmensa mayoría de casos tiene una solución correcta y aceptable para todos los participantes «no demediados». Se trata de los llamados casos fáciles o rutinarios.

4.3.7.3. Y que, con independencia del ideal de juez que se asuma, es relativamente fácil ponerse de acuerdo respecto de los casos de conducta judicial desviada.

4.3.8. Lo anterior lleva a distinguir tres tipos de casos o situaciones: *a)* casos fáciles (ambos modelos de juez estarían de acuerdo en la decisión a tomar); *b)* casos difíciles (tal vez no se pondrían de acuerdo y discreparían respecto de la respuesta correcta, pero se reconocerían recíprocamente legitimidad: habría controversia respecto de la decisión a tomar y respetuosos votos en disidencia), y *c)* casos de desviación judicial (ambos jueces estarían de acuerdo en la detección de conductas judiciales que constituyeran «decisiones judiciales desviadas»).

4.3.9. La conducta judicial desviada.

4.3.9.1. Como es sabido, Robert K. MERTON clasificaba en cinco formas diferentes la adaptación de los individuos a los grupos sociales; y lo hacía a partir de la aceptación o el rechazo tanto de los fines definidos culturalmente (*cultural goals*) como de los medios institucionales (*institutionalized means*) predispuestos para alcanzarlos[10]. Así, distinguía: 1) La conformidad: acepta los fines y los medios. 2) La innovación: acepta los fines pero rechaza los medios. 3) El ritualismo: rechaza los fines pero acepta los medios. 4) La apatía (*retreatism*): rechaza tanto los fines como los medios, pero no propone alternativas. 5) La rebelión: rechaza tanto los fines como los medios, pero propone fines y medios alternativos. Si bien se considera, esta clasificación permite recapitular y redefinir todo lo dicho hasta ahora.

4.3.9.2. La discusión entre formalismo y sustantivismo representada por los dos modelos ideales de juez de LAPORTA y de ATIENZA es una discusión entre concepciones diferentes de la conformidad: se trata de dos formas de interpretar la conducta judicial conforme; son dos interpretaciones diferentes de lo que significa aceptar los medios (las formas jurídicas) y los fines (los valores a proteger). El «juez deferente» y el «juez activo» son dos concepciones diferentes del «juez correcto».

4.3.9.3. Cuando las expresiones «formalismo» y «activismo» se usan peyorativamente, para descalificar la conducta de un juez, se están usando para referirse a dos formas diferentes de conducta judicial desviada. El *formalismo* vendría a equivaler al

[10] Cfr. R. K. MERTON, «Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5 (oct. 1938), 676 y ss.

ritualismo como conducta judicial desviada: acepta los medios predispuestos por el Derecho (las formas jurídicas) pero rechaza los fines a perseguir (pues, según él, no hay valores sustantivos que proteger separados de los medios predispuestos). El *activismo* vendría a equivaler a la innovación judicial como conducta desviada: acepta los fines perseguidos por el Derecho (los derechos, principios, etc.) pero innova/rechaza los medios predispuestos por el Derecho para alcanzarlos (las formas jurídicas).

4.3.10. Si se tiene claro lo anterior, es fácil comprender por qué la cuestión «formalismo *vs.* activismo» es un caso de discusión mal planteada:

4.3.10.1. Si se trata de dos casos de conducta desviada, entonces no tiene sentido elegir: lo que habrá que hacer es denunciar a ambos como «males» de nuestra práctica judicial. Podrán discutirse cuestiones tales como cuál de los dos vicios es más grave o si «nuestros jueces» incurren de hecho más en uno u otro de los vicios, pero poco más.

4.3.10.2. Si se trata de una discusión entre dos modelos ideales de juez, estaremos entonces ante una genuina discusión de «ética judicial» relativa a la excelencia judicial: ¿Cuánto pesan la «conciencia jurídica formal» y la «conciencia jurídica material» en los ideales de excelencia judicial? Esta discusión naturalmente no puede versar sobre un juez «demediado»: quedan fuera de la misma tanto el juez ritualista por formalista como el juez innovador por activista.

4.3.10.3. El efecto combinado de las dos discusiones anteriores conlleva que los discursos más comunes sean contra un «hombre de paja»: se enfrenta un modelo de excelencia judicial con un prototipo de conducta desviada. Se contrapone, por ejemplo, el juez ideal que representa la preponderancia de la «conciencia jurídica formal» a un caso de conducta judicial desviada por «activismo judicial»; o a la inversa, se contrapone el ideal de «juez sustantivista» a un demediado (y desviado) juez ritualista. Estas discusiones entre un modelo ideal y un hombre de paja carecen por completo de interés.

4.3.10.4. Desde la cultura jurídica interna, muchos juristas han digerido mal la constitucionalización del orden jurídico y, en consecuencia, han contribuido a generalizar una actitud crítica que consiste directamente en inventarse la conducta judicial. Parece que estuviéramos rodeados de jueces activistas (desviados, innovadores) evasores de la legalidad y que, como consecuencia de ello, se hubiera incrementado mucho el *quantum* de arbitrariedad judicial, cuando, me parece, ello no es en absoluto cierto. Que esa imagen no sea cierta no quita que haya ejemplos claros de conducta judicial desviada.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Estas tres objeciones (y sus correspondientes discusiones) que acabamos de referir (la objeción contramayoritaria, la objeción a los derechos como principios y la objeción al judicialismo) ponen de manifiesto la incapacidad de parte de la cultura jurídica interna para adaptarse al nuevo marco generado por la constitucionalización de nuestros órdenes jurídicos. Esta incapacidad se ha traducido en una contumaz erosión de la legitimidad del Estado constitucional, del reconocimiento de su valor y de su racionali-

dad. Esta contumacia ha acabado por desarmar a muchos juristas a la hora de defender el Estado constitucional contra los embates que, provenientes de la cultura jurídica externa, lo asedian en el presente (y los que lo harán en el futuro). En mi opinión, es urgente construir (y extender) el *constitucionalismo jurídico*: una teoría del Derecho adaptada a las exigencias del Estado constitucional de Derecho que permita superar de manera definitiva las nostalgias de un pasado jurídico que no regresará y que, además, está siendo mistificado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J., 2004: *La constitución del Estado constitucional,* Lima: Palestra.

— 2008: «Darse una constitución, tener una constitución y vivir en constitución», *Isonomía*, núm. 28, 67-86.

— 2011: «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, núm. 34, 55-71.

— 2012: «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», *Doxa*, núm. 35, 235-258.

ATIENZA, M., 2017: «Diez tesis sobre el razonamiento judicial», en J. AGUILÓ REGLA y P. GRANDEZ (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza,* Lima: Palestra.

GUASTINI, R., 2006: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino: G. Giappichelli editore.

LAPORTA, F., 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa,* núm. 4, 23-46.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual,* Madrid: Trotta.

LEÓN, J. J., 2018: «Formalismo y activismo judicial en la argumentación constitucional», ponencia presentada al Seminario de Teoría del Derecho de Fin de Mundo: «Juicio a los tribunales: aplicación, decisión y creación del derecho», Santiago de Chile, agosto.

MERTON, R. K., 1938: «Social Structure and Anomie», *American Sociological Review*, vol. 3, núm. 5, octubre, 676 y ss.

ROSS, A., 1970: *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba.

PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO

SOBRE EL RAZONAMIENTO PRINCIPAL DE UNA SENTENCIA JUDICIAL*

Rafael Hernández Marín

Universidad de Murcia
rafaher@um.es

RESUMEN. La teoría jurídica dominante sostiene que el razonamiento principal de una sentencia judicial es y ha de ser un silogismo judicial. El presente trabajo critica ambas tesis y pone de relieve que estas tienen su origen en ideas erróneas relativas a tres temas: la corrección jurídica de las decisiones judiciales, la aplicación de las normas jurídicas y el valor probatorio de los razonamientos, siendo este último tema el que se conecta con la denominada «justificación interna» de las decisiones judiciales. En la parte final, el trabajo cuestiona la validez, la legalidad y el valor probatorio del razonamiento principal de una sentencia judicial, y propone un nuevo modelo.

Palabras clave: silogismo judicial, aplicación de las normas jurídicas, justificación interna de las decisiones judiciales, motivación de las decisiones judiciales, decisiones desestimatorias.

On the Main Reasoning of a Judicial Judgment

ABSTRACT. The dominant legal theory holds that the main reasoning of a judicial judgment is and must be a judicial syllogism. The present paper criticizes both theses and emphasizes that theses have their origin in misconceptions concerning three themes: the legal correction of judicial decisions, the application of the legal norms and the probative value of reasonings, the latter being the one that connects with the so-called «internal justification» of judicial decisions. In the final part, the paper questions the validity, the legality and the probative value of the main reasoning of a judicial judgment, and proposes a new model.

Keywords: judicial syllogism, legal application, internal justification of judicial decisions, legal opinions, judgments for the defendant.

---

* Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018. Fecha de aceptación: 18 de febrero de 2019.

La investigación realizada en este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, AEI y FEDER.

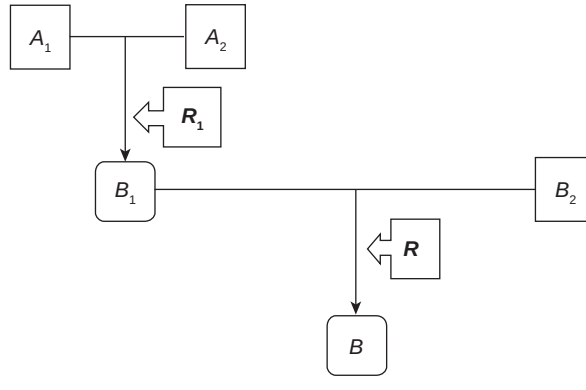
DOI: 10.14198/DOXA2019.42.05

1. EL RAZONAMIENTO PRINCIPAL DE UNA SENTENCIA JUDICIAL: DEFINICIÓN

En una cadena de razonamientos, integrada por dos o más (sub)razonamientos encadenados, cabe distinguir enunciados de tres clases: *a)* las premisas iniciales, que son los enunciados que son premisas de alguno de los razonamientos integrantes de la cadena y no son a la vez conclusiones de algún otro razonamiento de la cadena; *b)* la conclusión final, que es el enunciado que es la conclusión de uno de los razonamientos de la cadena y no es la vez premisa de otro de esos razonamientos, y *c)* otros enunciados, que pueden ser calificados bien como premisas no iniciales, bien como conclusiones intermedias, dado que se trata de enunciados que son a la vez premisas de alguno de los razonamientos de la cadena y conclusiones de algún otro razonamiento de la cadena. El razonamiento principal de una cadena de razonamientos es aquel (sub)razonamiento de la cadena cuya conclusión es la conclusión final de la cadena.

Estas ideas pueden ser ilustradas mediante la figura siguiente:

CADENA DE RAZONAMIENTOS



Esta figura representa una cadena de dos razonamientos, los razonamientos R y R_1, y está integrada por cinco enunciados. Las premisas iniciales de la cadena son los enunciados A_1, A_2 y B_2; la conclusión final es el enunciado B; mientras que el enunciado B_1 es una premisa no inicial o conclusión intermedia. El razonamiento principal de la cadena es el razonamiento R, dado que su conclusión, el enunciado B, es la conclusión final de la cadena.

Estas ideas son útiles para analizar las motivaciones de las decisiones judiciales que hallamos en las sentencias de los tribunales de justicia, dado que esas motivaciones son cadenas de razonamientos. Estas cadenas de razonamientos tienen una conclusión final, obviamente. Y, conforme a las observaciones precedentes, es necesario identificar esa conclusión final para saber cuál es el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial.

Con esta finalidad, es preciso llamar la atención sobre un hecho notable, aunque estemos acostumbrados a él: el hecho de que en una sentencia judicial la decisión que

resuelve el litigio de que se trate, contenida en el último apartado de la sentencia (en el apartado denominado, en España, «Fallo»), aparece frecuentemente precedida de un marcador de conclusión, como «Por todo lo expuesto», «Por consiguiente», etc. Ello revela que la decisión que resuelve el litigio es tratada como una conclusión de la cadena de razonamientos incluida en la sentencia y que constituye la motivación de la decisión. Por otra parte, esa decisión no es a su vez premisa de otro razonamiento ulterior. Ello implica, de acuerdo con las observaciones precedentes, dos consecuencias: *a)* en una sentencia judicial, la conclusión final de la motivación de la decisión que resuelve el litigio es la propia decisión, y *b)* en una sentencia judicial, el razonamiento principal de la motivación de la decisión y, en definitiva, el razonamiento principal de la sentencia es el (sub)razonamiento cuya conclusión es la decisión.

Comentaré a continuación ambas consecuencias, comenzando por la primera de ellas.

2. LA DECISIÓN JUDICIAL COMO CONCLUSIÓN FINAL DE SU PROPIA MOTIVACIÓN

Aunque sea un hecho que, en una sentencia judicial, la conclusión final de la motivación de la decisión que resuelve el litigio de que se trate es la propia decisión, el Derecho no exige tal cosa, ni hay razones, en mi opinión, para pensar que ello haya de ser así. No hay razones para pensar que una decisión judicial ha de estar incluida en algún lugar de su propia motivación, sea como conclusión final, sea bajo cualquier otro concepto (como conclusión intermedia o como premisa inicial). Pues supongamos que N_1 es una norma jurídica que ordena pagar un impuesto. Un sujeto *s*, destinatario de N_1, cumple esta norma pagando el impuesto, es decir, realizando un acto que tenga la propiedad de ser un pago del impuesto. No necesita hacer nada más. Pero supongamos que otra norma, N_2, ordena justificar o probar que el impuesto ha sido pagado. Para cumplir esta segunda norma, el sujeto *s* ha de formular enunciados y razonamientos, acompañados eventualmente de documentos que acrediten el pago del impuesto. Pero no es necesario, y ni siquiera posible, incluir en dicho razonamiento el pago del impuesto. Esta acción ha sido realizada antes y no forma parte de la justificación o prueba del pago del impuesto.

En el caso de los jueces, el art. 117.3 de la Constitución Española (o el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), al imponer a los jueces la obligación jurisdiccional, es la norma N_1 que exige a los jueces que las decisiones que dicten para resolver los litigios sean decisiones que, por lo que respecta a su contenido, digan el Derecho. De ahí que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho sea una decisión (congruente) que dice el Derecho. Un juez cumple esta norma dictando una decisión que tenga esa propiedad de ser una decisión que dice el Derecho. No necesita hacer nada más. Pero existe otra norma N_2, que es el art. 120.3 de la Constitución Española (entre otros preceptos), que obliga al juez a motivar o justificar su decisión. Y motivar una decisión judicial consiste, en mi opinión, en intentar probar que la decisión es conforme al Derecho, sobre todo que la decisión es materialmente conforme al Derecho o dice el Derecho. Para intentar probar que la decisión que ha dictado dice el

Derecho, el juez ha de formular enunciados y razonamientos, ciertamente. Pero no es necesario que entre esos enunciados o razonamientos figure la decisión que ha dictado y que dice el Derecho. La decisión podría haber sido dictada antes, y no es necesario que sea incluida en los razonamientos realizados para intentar probar que la decisión dice el Derecho.

Consideración especial merece la creencia de que la decisión resolutoria de un litigio, además de estar incluida en su propia motivación, ha de figurar en ella como conclusión final de dicha motivación, no como conclusión intermedia (ni como premisa inicial, naturalmente). El origen de esta creencia se halla quizá en los hechos siguientes:

Consideremos el enunciado asertivo «Hay agua en Marte». Si se pretendiera justificar que este es un enunciado español o que consta de cuatro palabras, la conclusión final de esa justificación sería «"Hay agua en Marte" es un enunciado español» o «El enunciado "Hay agua en Marte" consta de cuatro palabras», respectivamente. Pero, normalmente, lo que se pretende justificar de un enunciado asertivo como «Hay agua en Marte» es que se trata de un enunciado verdadero. De ahí que, en este caso, que es el caso más normal, la conclusión final del razonamiento justificatorio de dicho enunciado sea «El enunciado "Hay agua en Marte" es verdadero». Pero este enunciado es equivalente al enunciado «Hay agua en Marte». Por esta razón, en este caso, la conclusión final del razonamiento justificatorio del enunciado «Hay agua en Marte» es el propio enunciado de cuya justificación se trata, es decir, el enunciado «Hay agua en Marte». Y, cuando esta idea es trasladada al razonamiento justificatorio de una decisión judicial *D*, el resultado es considerar que la conclusión final del razonamiento justificatorio de la decisión *D* es la propia decisión *D*.

Sin embargo, el paralelismo entre el razonamiento justificatorio del enunciado «Hay agua en Marte» y el razonamiento justificatorio de una decisión judicial *D* quiebra en un punto fundamental. Pues lo que permite que la conclusión final del primero de dichos razonamientos sea el propio enunciado que es objeto de justificación es el hecho de que dicho enunciado es un enunciado asertivo y de que el razonamiento justificatorio de este enunciado pretende justificar su verdad. Pero estas circunstancias no concurren en el caso de la motivación de una decisión judicial *D*. En primer lugar, porque, como se precisará enseguida, *D* no es en muchos casos un enunciado asertivo, sino prescriptivo o cualificatorio. Y, en segundo lugar, porque, con independencia del tipo de discurso de la decisión *D*, o sea, aunque *D* fuera un enunciado asertivo, lo que la motivación de *D* intenta o debería intentar probar no es que *D* es verdadera, sino que *D* es conforme al Derecho o dice el Derecho.

3. LA DECISIÓN JUDICIAL COMO CONCLUSIÓN DEL (SUB)RAZONAMIENTO PRINCIPAL DE LA SENTENCIA

Comentaré ahora la segunda de las consecuencias antes extraídas, esto es, el dato de que, en una sentencia judicial, la decisión que resuelve el litigio de que se trate es la conclusión del (sub)razonamiento principal de la motivación de la decisión y, en definitiva, la conclusión del (sub)razonamiento principal de la sentencia.

La primera y más importante observación a este respecto es la siguiente: saber que, en una sentencia judicial, la decisión que resuelve el litigio de que se trate es la conclusión del (sub)razonamiento principal de la sentencia no permite conocer sin más cuáles son las premisas de este (sub)razonamiento, ni tampoco, por tanto, cuál es la composición íntegra de dicho razonamiento principal, ni qué tipo de razonamiento es este. Como vamos a comprobar a continuación, estas son cuestiones polémicas.

3.1. La tesis de que el (sub)razonamiento principal de una sentencia es un silogismo judicial

Según la opinión dominante, las premisas del razonamiento principal de una sentencia judicial son dos: una norma o enunciado jurídico prescriptivo universal *N* y un enunciado calificativo, asertivo, y singular *F*, que es una concreción del supuesto de hecho de *N*; y la conclusión de ese razonamiento principal es, como queda dicho, la propia decisión *D* que resuelve el litigio y que es, por así decirlo, la decisión prevista en la consecuencia de *N* y es un enunciado prescriptivo singular. Esta es precisamente la composición del razonamiento que en la cultura jurídica se denomina «silogismo jurídico», «silogismo judicial» o «silogismo de la aplicación del Derecho» (aunque estas denominaciones no sean quizá las más apropiadas). Por tanto, para las teorías jurídicas actuales, el silogismo judicial o silogismo jurídico forma parte de la actividad justificatoria del juez; concretamente, es el (sub)razonamiento principal de la justificación o motivación de una decisión judicial. Esta es la razón por la que el silogismo judicial o silogismo jurídico es el referente por antonomasia del término «razonamiento jurídico».

Un ejemplo de silogismo judicial es el siguiente razonamiento, que denominaré «[SIL]»:

(1) El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado
[premisa mayor, que es un enunciado jurídico (es el art. 1902 del Código Civil español), prescriptivo y universal].

(2) Mario, por negligencia, causa a Olga un daño por valor de 1.000 euros (Mario, por acción u omisión, causa un daño a Olga, interviniendo culpa o negligencia, por valor de 1.000 euros)
[premisa menor, que es un enunciado calificativo, asertivo y singular].

(3) Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros
[conclusión, decisión que resuelve el litigio, y que es enunciado prescriptivo y singular].

Este es un razonamiento de tipo mixto, puesto que sus premisas no pertenecen al mismo tipo de discurso, sino que una de ellas es prescriptiva, y la otra, asertiva.

E. BULYGIN, que es uno de los numerosos autores que piensa que la justificación de una decisión judicial consiste esencialmente en un silogismo judicial (aunque no lo exprese de este modo)[1], es consciente de que la presencia en una sentencia judicial de

[1] «Una sentencia judicial es justificable según el derecho si se sigue lógicamente de normas jurídicas y de la descripción del caso» (BULYGIN, 2010: 38).

un razonamiento que merezca la denominación de «silogismo judicial» depende de dos circunstancias: *a)* de que una de las premisas de ese razonamiento sea una norma jurídica, no lo que él denomina una «proposición normativa», esto es, depende de que los jueces usen o formulen normas jurídicas, en vez de citarlas o mencionarlas, y *b)* de que la conclusión de ese razonamiento sea una norma. Y dado que, en su opinión, las sentencias judiciales contienen un silogismo judicial, BULYGIN enfatiza dos tesis: por un lado, que los jueces usan (reiterándolas) las mismas normas jurídicas universales formuladas por el legislador; por otro lado, que todas las decisiones judiciales son normas, aunque sean normas permisivas como, según él, son las decisiones desestimatorias[2].

Personalmente, discrepo de ambas tesis. Discutiré, en primer lugar, la segunda de ellas. Cuando BULYGIN afirma que las decisiones desestimatorias (o de rechazo, como él las llama) son normas permisivas, está pensando en el caso de un demandante que solicita al juez que dicte una decisión prescriptiva; por ejemplo, una decisión prescriptiva que ordene al demandado pagar al demandante una determinada cantidad de dinero. Esta decisión prescriptiva puede ser esquematizada de la manera usual (aunque no sea la más recomendable, a mi juicio) como «*Obligatorio p*». Mas en el caso de que el juez rechace o desestime la petición del demandante mediante la fórmula «Desestimo la demanda» u otra similar, esta decisión desestimatoria tendría el sentido, según BULYGIN, de una negación (externa) de prescripción, pues significaría «*No es obligatorio p*», que es equivalente a la norma permisiva «*Permitido no p*».

Esta interpretación de una decisión desestimatoria puede parecer plausible en el caso de que el juez haya formulado la decisión desestimatoria porque en el juicio ha quedado probado que según el Derecho *no es obligatorio p*. Pero resulta más difícil de sostener en el caso de que el juez haya formulado dicha decisión por el hecho de que en el juicio no ha quedado probado que según el Derecho *es obligatorio p*.

En cualquier caso, la tesis de que todas las decisiones judiciales, incluidas las decisiones desestimatorias, son normas queda desmentida en los casos en los que lo que el demandante solicita a un juez es que este dicte una decisión cualificatoria; por ejemplo, una decisión que califique a un sujeto como incapaz, o un bien como medianero, o un acto administrativo como nulo. Pues supongamos, en primer lugar, que en uno de estos casos el juez, estimando la pretensión del demandante, dicta una sentencia constitutiva o declarativa, que contiene la decisión cualificatoria que el demandante ha solicitado. En este caso, la decisión judicial que resuelve el litigio no es una norma (salvo en el sentido de que cualquier enunciado jurídico, incluidos los enunciados cualificatorios o reglas conceptuales que hallamos en el Derecho, es una norma). Pero BULYGIN desdeña la clásica distinción procesalista, que divide las sentencias en constitutivas, declarativas y de condena.

Supongamos ahora, en segundo lugar, que en uno de esos mismos casos el juez rechaza la petición del demandante dictando una decisión desestimatoria que dice «Desestimo la demanda». No se ve en qué sentido esta decisión es una norma permisiva; no se ve qué es lo que esa fórmula permite hacer al demandado o a otro sujeto. Es posible que, a consecuencia de la desestimación de la demanda, el Derecho per-

[2] *Vid.* BULYGIN, 2005a: 39-40; BULYGIN, 2005b: 79 y 83; BULYGIN, 2009: 80-81 y 87-88, y BULYGIN, 2010: 41.

mita realizar ciertas acciones que no permitiría si la demanda hubiera sido estimada. Pero, en este caso, sería el Derecho, no la decisión desestimatoria en sí misma, el que permitiría realizar esas acciones. Por ejemplo, supongamos que lo que una decisión judicial desestimatoria rechaza es la pretensión de un demandante que había solicitado al juez que un sujeto *s* fuera calificado como incapaz. En este caso, se podría decir que el Derecho permite o sigue permitiendo que el sujeto *s* realice ciertos actos, que no le habría permitido realizar si la demanda hubiera sido estimada. Pero la propia decisión «Desestimo la demanda», dictada por el juez, no permite nada.

El hecho de que el juez emita la fórmula «Desestimo la demanda» es expresión del rechazo del juez a la pretensión de dictar la decisión, prescriptiva o cualificatoria, que el demandante ha solicitado. Y si lo que el juez rechaza es dictar una decisión prescriptiva determinada, como sucede en el supuesto considerado por BULYGIN, que es el primero que ha sido comentado, se puede decir también que, contemplada desde un punto de vista pragmático, la emisión de la fórmula citada *expresa la negativa* del juez a emitir una prescripción. Pero esto no es lo mismo que decir, como afirma BULYGIN desde un punto de vista semántico, que una decisión desestimatoria *es una negación* (externa) de prescripción o una norma permisiva, que permite al demandado realizar alguna acción.

Contemplada desde el punto de vista semántico, una decisión desestimatoria no es, en mi opinión, una permisión, sino un anuncio: el anuncio de que el juez o tribunal no va a dictar la decisión, prescriptiva o cualificatoria, que el demandante o acusador ha solicitado al juez[3]. Y ese anuncio, al igual que cualquier otro anuncio referente a lo que va a suceder, es un enunciado asertivo. Un enunciado asertivo verdadero, naturalmente; porque el juez que dice que desestima una petición, o sea, que anuncia que no va a dictar una decisión estimatoria de una petición, no dictará una decisión estimando dicha petición.

No obstante, para discutir la otra tesis de BULYGIN que antes he mencionado, supondré que la decisión dictada por el juez es la decisión (3), «Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros», que es una decisión estimatoria que acoge la pretensión de Olga, la demandante, y que es indiscutiblemente una norma o, dicho con más precisión, un enunciado prescriptivo. Esa otra tesis de BULYGIN, sin duda más importante para el problema que ahora nos ocupa, que es determinar la composición del razonamiento principal de una sentencia judicial, afirma que los jueces no citan las normas universales formuladas por el legislador, sino que usan (reiterándolas) dichas normas. Es la tesis, dicho en los términos utilizados por BULYGIN, de que los jueces no formulan proposiciones normativas, sino normas. Cualquier autor que sostenga que el razonamiento principal de una sentencia judicial es un silogismo judicial acepta tácitamente esa tesis que BULYGIN formula expresamente.

Yo opino, contrariamente, que los jueces no usan las normas jurídicas formuladas por el legislador, sino que las citan o mencionan[4]. Y lo mismo opinan los propios

---

[3] Si la decisión desestimatoria fuera una decisión de las denominadas «absolutorias en la instancia», la decisión sería análogamente el anuncio de que el juez no va a entrar a conocer el fondo del asunto.

[4] CARACCIOLO, 1988: 41, comparte esta opinión, cuando habla de «la fundamentación de la decisión propuesta por el juez, estructurada sobre la base de enunciados que incluyen la descripción de los hechos que

jueces; pues es una práctica habitual de los tribunales judiciales españoles incluir, al final de los fundamentos jurídicos de sus sentencias e inmediatamente antes del fallo, la fórmula siguiente: «Vistos los preceptos [o artículos] *citados* y demás de general y pertinente aplicación». Mas, al margen de esta repetida fórmula, que los jueces no usan los enunciados jurídicos formulados por el legislador, sino que los citan o mencionan, es un hecho que puede ser comprobado fácilmente leyendo las sentencias de los tribunales de justicia, en las que se observa incluso el uso de comillas para citar algún enunciado jurídico o alguna frase contenida en un enunciado jurídico. Esta conducta de los jueces, consistente en citar enunciados jurídicos en sus sentencias, es además una exigencia legal; pues, según el apartado 5 de la 4.ª regla del art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los «Considerandos» debe aparecer: «La *cita* de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo»[5].

Los enunciados formulados por los jueces en los fundamentos jurídicos de sus sentencias y que citan enunciados jurídicos o artículos de un texto legal no son, a diferencia de los enunciados jurídicos, mejor dicho, a diferencia de algunos o muchos enunciados jurídicos, enunciados prescriptivos universales[6]. Esos enunciados formulados por los jueces en los fundamentos jurídicos de sus sentencias son enunciados asertivos o descriptivos singulares, puesto que describen algún rasgo de los enunciados jurídicos, prescriptivos o no, que citan; normalmente, describen el sentido de los enunciados jurídicos que citan. Del mismo modo que los antecedentes de hecho de una sentencia judicial contienen enunciados asertivos que describen «los hechos del caso». En una sentencia judicial (y con alguna posible salvedad, que debo dejar a un lado en el contexto presente), no figuran enunciados jurídicos universales; del mismo modo que no figuran «los hechos del caso». Solo figuran enunciados asertivos que describen unos y otros.

Por consiguiente, en la sentencia judicial cuyo fallo fuera la decisión prescriptiva (3), «Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros», lo que figuraría como premisa del razonamiento principal de la motivación de esa decisión no es un enunciado jurídico, prescriptivo y universal, sino un enunciado no jurídico, asertivo, singular y metalingüístico, que cita un enunciado jurídico[7]. Y la consecuencia de ello es que, en dicha sentencia, el (sub)razonamiento principal de la motivación de

---

constituyen el "caso" a resolver, como también la *mención* (cursiva añadida) de las normas que pretendidamente fundamentan la decisión».

[5] También el art. 372.3 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se refiere a las «razones» y «fundamentos legales» que hay que exponer en los «Considerandos», «*citando* las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso».

[6] Conviene llamar la atención, frente al descuido que se observa en los autores que sostienen que el razonamiento principal de una sentencia es un silogismo judicial, que existen enunciados jurídicos universales que no son prescriptivos, sino cualificatorios; al igual que existen decisiones judiciales que aplican o pueden aplicar estos enunciados jurídicos y que son, al igual que ellos, enunciados cualificatorios, aunque singulares.

[7] Evito el término «proposición normativa» porque considero que este término debería ser abandonado por varias razones. En primer lugar, en los contextos en que ese término es usado, no es necesario utilizar el discutible término «proposición», en vez del menos comprometido «enunciado» u «oración». En segundo lugar, el término no expresa el carácter metalingüístico de la proposición normativa. En tercer lugar, el término «normativa» es engañoso, dado que el tipo de discurso de la denominada «proposición normativa» es asertivo, no prescriptivo. Y, en cuarto lugar, si el término «normativa» pretende aludir al carácter normativo o prescriptivo que tienen los enunciados del lenguaje-objeto a los que la proposición normativa se refiere, es preciso advertir que, si esos enunciados del lenguaje-objeto son enunciados jurídicos, no todos estos enunciados son

la decisión que resuelve el litigio no sería un silogismo judicial. Cabe añadir incluso, en términos más generales, que las motivaciones de las decisiones judiciales que hallamos en las sentencias de nuestros tribunales de justicia no incluyen un silogismo judicial, ni como (sub)razonamiento principal, ni bajo ningún otro concepto. Ni siquiera en los «casos claros» (*pace* MacCormick)[8].

Según estas observaciones, el razonamiento principal de la sentencia judicial aludida sería el razonamiento siguiente, que denominaré «[IL]»:

(1*) El art. 1902 del Código Civil español establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado
[primera premisa, que es un enunciado no jurídico, asertivo, singular y metalingüístico, que cita o menciona, pero no usa, un enunciado jurídico].

(2) Mario, por negligencia, causa a Olga un daño por valor de 1.000 euros (Mario, por acción u omisión, causa un daño a Olga, interviniendo culpa o negligencia, por valor de 1.000 euros)
[segunda premisa, que es un enunciado calificativo, asertivo y singular].

(3) Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros
[conclusión, decisión que resuelve el litigio, y que es enunciado prescriptivo y singular].

Evidentemente, este razonamiento [IL] no es un silogismo, dado que tanto sus premisas como su conclusión son enunciados singulares. Pero sí puede ser calificado como «ilícito», teniendo en cuenta la denominada «ley de Hume», que prohíbe, dicho metafóricamente, inferir una conclusión prescriptiva a partir de premisas asertivas.

Mas debemos recordar que el debate precedente acerca de la composición y naturaleza del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial ha partido del supuesto de que la decisión judicial que resuelve un litigio y de cuya justificación se trata es una decisión estimatoria y prescriptiva, como la decisión (3), «Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros». Pero no todas las decisiones judiciales son así, como sabemos. Pues existen decisiones judiciales, concretamente, decisiones estimatorias, que no son enunciados prescriptivos, sino cualificatorios y que aplican o pueden aplicar enunciados jurídicos universales cualificatorios, como fue observado antes de forma incidental (en la nota 6). Aunque la discusión anterior, acerca de si los jueces usan o bien citan enunciados jurídicos en las motivaciones de las decisiones que dictan, podría ser trasladada a las motivaciones de esas decisiones que son enunciados cualificatorios. Para la cuestión que ahora nos ocupa, es más importante destacar la obviedad de que también existen decisiones judiciales desestimatorias, en las que es necesario detenerse dejando ahora a un lado la discusión anterior acerca del sentido y tipo de discurso de estas decisiones judiciales.

Las decisiones judiciales desestimatorias solo aplican el Derecho procesal. No aplican el Derecho material o sustantivo. Dicho de otro modo, si una decisión judicial aplica el Derecho material, si una decisión judicial aplica, por ejemplo, la norma civil que

---

prescriptivos. Por todo ello, el término «enunciado asertivo metalingüístico acerca de normas (o acerca de enunciados jurídicos)» es preferible, en mi opinión, al de «proposición normativa».

[8] *Vid.* MacCormick, 1995: 71 y 197.

ordena al causante de un daño repararlo (o sea, el art. 1902 del Código Civil español) o aplica una norma penal que castiga un delito, entonces no es una decisión desestimatoria. No obstante, hay decisiones judiciales desestimatorias que, aunque no apliquen el Derecho material, son materialmente conformes al Derecho material o dicen el Derecho material (recuérdese la equivalencia entre decisión judicial materialmente conforme al Derecho y decisión judicial que dice el Derecho). Esto ocurre cuando la decisión estimatoria correspondiente no aplica el Derecho material. Consideremos, por ejemplo, el caso de una persona inocente que es acusada de robo. Es indudable que en este caso la decisión que es materialmente conforme al Derecho material, la decisión que dice el Derecho material, es la decisión desestimatoria o absolutoria. O pensemos en una reclamación de filiación presentada por un presunto hijo contra su presunto padre, sin que exista tal relación de paternidad. También en este caso la decisión que es materialmente conforme al Derecho material, la decisión que dice el Derecho material, es la desestimatoria. Pero en ninguno de los dos casos la decisión desestimatoria aplica el Derecho material. Consideramos, en ambos casos, que la decisión desestimatoria es materialmente conforme al Derecho material o dice el Derecho material por el hecho de que la decisión estimatoria correspondiente opuesta a ella no aplica el Derecho material.

Estas observaciones son de gran trascendencia, puesto que repercuten en numerosos temas. Para la cuestión que ahora nos ocupa, que es determinar la composición y naturaleza del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial, la importancia de dichas observaciones es la siguiente. La polémica anterior acerca de si el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es un silogismo judicial, como [SIL], o bien un razonamiento ilícito, como [IL], puede ser traslada a la motivación de decisiones desestimatorias que aplican el Derecho procesal. Pero cuando la decisión que resuelve el litigio es una decisión desestimatoria que dice el Derecho material, pero no lo aplica, el razonamiento principal de la motivación de dicha decisión no es, ni puede ser, un silogismo judicial, como [SIL], ni tampoco un razonamiento ilícito, como [IL]. Esta cuestión tiene que ver con otra cuestión importante, que es la de la existencia de varios tipos de motivaciones de las decisiones judiciales en función de la naturaleza de la decisión de cuya motivación se trata. Volveré a referirme brevemente a este tema al final del presente trabajo.

3.2. La tesis de que el (sub)razonamiento principal de una sentencia ha de ser un silogismo judicial

3.2.1. Tres ideas para justificar la necesidad del silogismo judicial

Considero, pues, un error sostener que el razonamiento principal de una sentencia es un silogismo judicial; un error puesto en evidencia por esas declaraciones de jueces y legisladores, antes mencionadas, así como por la simple lectura de las sentencias judiciales. Y creo además que la persistencia secular de esa idea en la teoría jurídica tiene un triple origen: *a)* el presupuesto indiscutido de que, en una sentencia judicial, la conclusión final de la motivación de la decisión que resuelve el litigio de que se trate y la conclusión también del razonamiento principal de esa motivación es la propia

decisión; *b)* el presupuesto contingente de que esa decisión es una decisión estimatoria prescriptiva, como la decisión (3), y *c)* la tesis de que, dado que la conclusión del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es la propia decisión y esta es un enunciado prescriptivo, entre las premisas de ese razonamiento principal ha de figurar algún enunciado prescriptivo, como sucede en [SIL]; no puede ser que entre las premisas de dicho razonamiento principal no figure ningún enunciado prescriptivo, como ocurre en [IL]. Brevemente, la explicación de por qué la teoría jurídica sostiene que el razonamiento principal de una sentencia *es* un silogismo judicial, a pesar de la evidencia contraria, consiste simplemente en que se piensa que, dados los dos presupuestos citados, el razonamiento principal de una sentencia *ha de ser* un silogismo judicial (el fenómeno tiene el aspecto de lo que los psicólogos denominan «un sesgo cognitivo»).

La necesidad aquí evocada no es, desde luego, una necesidad jurídica, puesto que no existe ningún enunciado jurídico (al menos, ningún enunciado jurídico español actual) que ordene a los jueces incluir un silogismo judicial en las motivaciones de sus decisiones. Ninguna de las leyes procesales dice nada al respecto. La creencia de que el razonamiento principal de una sentencia ha de ser un silogismo judicial es el resultado, me parece, de las reflexiones siguientes:

Un silogismo judicial es un razonamiento, como [SIL], que tiene como premisas una norma jurídica prescriptiva *N* y un enunciado asertivo, calificativo, *F*, que es una concreción del supuesto de hecho de *N*; mientras que su conclusión es una decisión judicial prescriptiva *D*. Este razonamiento prueba que la decisión judicial *D*, que es su conclusión, es deducible o es consecuencia de sus premisas *N* y *F*. Esto es lo que quiere decir J. Wróblewski cuando afirma que el silogismo judicial o silogismo jurídico (*legal syllogism*) es la forma de justificar internamente una decisión judicial[9]. De esta manera, es decir, mediante un silogismo judicial que prueba que la decisión *D* es deducible o es consecuencia de sus premisas *N* y *F*, queda también probado que la decisión *D* cumple una condición que es necesaria para ser una decisión que aplica la norma jurídica *N* y, en definitiva, para ser una decisión conforme al Derecho. Por otra parte, la motivación de una decisión judicial *D* ha de incluir un razonamiento que pruebe que la decisión es consecuencia de una norma jurídica *N* y un enunciado asertivo *F* (para probar o intentar probar que la decisión aplica una norma jurídica y, en última instancia, que la decisión es conforme al Derecho). De ahí la necesidad de que la motivación de una decisión judicial incluya un silogismo judicial; concretamente, como (sub)razonamiento principal de dicha motivación.

Si esta apreciación es correcta, la creencia de que el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial ha de ser un silogismo judicial tiene su origen en tres ideas (al margen del presupuesto de que la conclusión de dicho razonamiento es la propia decisión y de que esta es una decisión estimatoria prescriptiva): *a)* una concepción acerca de la corrección jurídica de las decisiones judiciales, según la cual, para que

[9] Wróblewski, 1974: 39: «*Legal syllogism can be treated as a form of internal justification of judicial decision*». Sobre la justificación interna de la decisión judicial se pronuncia también Aarnio, 2004: 55, con las siguientes palabras: «El modelo clásico de la justificación interna es el silogismo aristotélico (*modus ponens*). La primera premisa es la "base normativa" de la decisión (premisa normativa). La forma lógica de la deducción garantiza que la conclusión, la norma de la decisión, se siga de las premisas».

una decisión judicial sea jurídicamente correcta o conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique una norma jurídica; *b)* una concepción de la aplicación de las normas jurídicas, según la cual, para que una decisión judicial *D* aplique una norma jurídica *N*, es condición necesaria que *D* sea deducible, o consecuencia, de la norma *N* y un enunciado asertivo, calificativo, *F* que sea una concreción del supuesto de hecho de *N*, y *c)* una tesis de naturaleza lógica, relativa al valor probatorio de los razonamientos, conforme a la cual un silogismo judicial prueba que su conclusión, la decisión *D*, es consecuencia de sus premisas *N* y *F*.

Las tres ideas son erróneas, en mi opinión. Y, aunque fueran verdaderas, e incluso aceptando que es necesario que la motivación de una decisión judicial *D* incluya un razonamiento que pruebe que la decisión es consecuencia de una norma jurídica *N* y un enunciado asertivo *F*, todo ello no justifica la necesidad de que la motivación de una decisión judicial incluya un silogismo judicial, en particular, como (sub)razonamiento principal de dicha motivación.

3.2.2. La corrección jurídica de las decisiones judiciales

Consideremos, en primer lugar, la idea de que, para que una decisión judicial sea jurídicamente correcta o conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique una norma jurídica. A mi juicio, una decisión judicial jurídicamente correcta (correcta, para abreviar) o conforme al Derecho es una decisión materialmente conforme al Derecho (materialmente correcta) y procesalmente conforme al Derecho (procesalmente correcta). Y el hecho de que una decisión judicial aplique una norma jurídica, aunque es relevante para la corrección material de la decisión, es irrelevante para su corrección procesal. Pues es posible, por un lado, que una decisión judicial aplique una norma jurídica, pero no sea procesalmente conforme al Derecho (este sería el caso de una decisión judicial que condena a un homicida a la pena prevista en las normas penales que castigan el homicidio, sin que haya tenido lugar un juicio o sin haber dado al acusado en el juicio la posibilidad de defenderse); y también es posible, por otro lado, que una decisión judicial sea procesalmente conforme al Derecho, pero no aplique ninguna norma jurídica (podemos pensar en cualquier decisión judicial dictada al final de un proceso que se ha desarrollado conforme a lo que exigen las normas procesales, pero cuyo contenido es absurdo).

Por otro lado, es cierto que el hecho de que una decisión judicial aplique una norma jurídica es relevante para la corrección material de la decisión. Pues, como se ha dicho y repetido, una decisión judicial materialmente correcta o materialmente conforme al Derecho es una decisión (congruente) que dice el Derecho. Y, según las ideas que he expuesto en otros trabajos, si una decisión judicial aplica una norma jurídica o aplica el Derecho, entonces la decisión dice el Derecho. Es más, si se trata de decisiones estimatorias, como la decisión (3), también es cierta la tesis recíproca: si una decisión estimatoria es materialmente conforme al Derecho o dice el Derecho entonces la decisión aplica una norma jurídica. Sin embargo, si abandonamos el presupuesto inicial de que la decisión judicial de que se habla es una decisión estimatoria, las cosas cambian. Pues, como hemos observado anteriormente, hay decisiones desestimatorias que son

materialmente conformes al Derecho, concretamente, materialmente conformes al Derecho material, o dicen el Derecho, concretamente, dicen el Derecho material, pero no lo aplican; no aplican (ni pueden aplicar) normas jurídicas materiales.

Por consiguiente, el hecho de que una decisión judicial aplique una norma jurídica: *a)* nunca es una condición necesaria para que la decisión sea procesalmente conforme al Derecho, y *b)* es posible que tampoco sea una condición necesaria para que la decisión sea materialmente conforme al Derecho. Por todo ello, es posible que una decisión judicial sea plenamente conforme al Derecho, es decir, conforme al Derecho desde el punto de vista procesal y material, y la decisión no aplique ninguna norma jurídica. De ahí que sea falsa la tesis «Para que una decisión judicial sea jurídicamente correcta o conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique una norma jurídica». Aunque si entendemos que esta tesis se refiere solo a la corrección jurídica de las decisiones judiciales desde el punto de vista de su contenido, o sea, a la conformidad material de una decisión al Derecho, la tesis puede ser contemplada como una aproximación aceptable a la verdad. Es más, si añadimos la suposición de que la tesis se refiere exclusivamente a las decisiones estimatorias, se trataría de una tesis rigurosamente verdadera; pues, conforme a las observaciones anteriores, una decisión judicial estimatoria materialmente conforme al Derecho es una decisión que aplica una norma jurídica.

En cambio, las otras dos ideas que (aparentemente) han originado la creencia de que el razonamiento principal de una sentencia ha de ser un silogismo judicial contienen errores más burdos.

3.2.3. La aplicación de las normas jurídicas

Una de esas ideas es una concepción de la aplicación de las normas jurídicas, según la cual, para que una decisión judicial D aplique una norma jurídica N, es necesario que D sea deducible, o sea consecuencia, de la norma N y un enunciado calificativo F. Si la norma jurídica N es un enunciado prescriptivo [como la norma (1)] y también es un enunciado prescriptivo la decisión D [como la decisión (3)], lo que esa concepción sostiene es la tesis de que, para que una decisión judicial prescriptiva D aplique una norma jurídica prescriptiva N, es necesario que la decisión prescriptiva D sea consecuencia de la norma prescriptiva N y un enunciado calificativo, asertivo, F [como el enunciado (2)]. Pero esta tesis se enfrenta al problema siguiente:

Si $A_1, A_2, ..., A_n$ y B son enunciados asertivos, decir que B es consecuencia, consecuencia lógica, de $A_1, A_2, ..., A_n$ significa, según enseña la lógica y dicho de manera informal, que es imposible que los enunciados $A_1, A_2, ..., A_n$ sean verdaderos, y el enunciado B, falso. Dicho de manera más formal o técnica, esa afirmación significa que no existe una interpretación que haga verdaderos los enunciados $A_1, A_2, ..., A_n$ y haga falso el enunciado B. Pero si $A_1, A_2, ..., A_n$ y B son enunciados prescriptivos, la primera medida debería ser no hablar de la existencia o no de una relación de consecuencia o consecuencia lógica entre, por un lado, el enunciado B y, por otro lado, los enunciados $A_1, A_2, ..., A_n$. Para evitar confusiones, sería preferible utilizar en este caso un término distinto, como «consecuencia *deóntica*», o «consecuencia *normológica*», que es el uti-

lizado por G. H. von Wright[10]. Sin embargo, la lógica, concretamente, la lógica de normas, no ha conseguido hasta el día de hoy proporcionar una definición, que se haya consolidado, de la noción de consecuencia deóntica o consecuencia normológica. Por esta razón, si alguien afirma o niega que un enunciado prescriptivo *B* es consecuencia, consecuencia deóntica o normológica, de los enunciados prescriptivos A_1, A_2, ..., A_n, no se sabe exactamente cuál es el sentido de esta tesis.

La tesis que estábamos considerando afirma que, para que una decisión judicial prescriptiva *D* aplique una norma jurídica prescriptiva *N*, es necesario que la decisión prescriptiva *D* sea consecuencia de la norma prescriptiva *N* y un enunciado calificativo, asertivo, *F* [como el enunciado (2)]. También ahora, y para evitar confusiones, sería preferible no utilizar el término «consecuencia», sino un término distinto, como «consecuencia *mixta*». Pero este término, completamente desconocido para la lógica, es más oscuro aún que el término «consecuencia *deóntica*», o «consecuencia *normológica*». Por esta razón, aunque sea cierto que la decisión (3) aplica la norma (1) [en el caso de que el enunciado (2) sea verdadero], esta relación de aplicación no debería ser explicada mediante una noción, la noción de deducibilidad o consecuencia mixta, cuyo sentido es desconocido. El llamado «postulado de deductividad» (*Deduktivitätspostulat*), que según la teoría jurídica alemana una decisión judicial ha de satisfacer para ser una decisión que aplica una norma jurídica (postulado que dicha teoría considera una consecuencia del principio de igualdad)[11], es una exigencia vacía. A ello hay que añadir que explicar la relación de aplicación entre una decisión judicial y una norma jurídica mediante la noción consecuencia mixta tiene consecuencias absurdas, cualquiera que sea la manera de entender esa noción. Pues si la relación de consecuencia mixta tuviera las mismas propiedades que la relación ordinaria de consecuencia lógica, habría que considerar que aplican una norma jurídica cualquier tautología o un enunciado que se limita a repetir la norma[12].

Mas, para el tema de la aplicación de los enunciados jurídicos o normas jurídicas, hay otra distinción más importante aún que la distinción entre diferentes nociones de consecuencia: la distinción entre normas primarias y normas secundarias. Utilizo los términos «norma jurídica primaria» y «norma jurídica secundaria» en un sentido próximo al tradicional. Pues llamo «normas jurídicas primarias» a los enunciados jurídicos prescriptivos, cuyos destinatarios son sujetos cualesquiera, y a los enunciados jurídicos cualificatorios; mientras que llamo «normas jurídicas secundarias» a los enunciados jurídicos, prescriptivos o asertivos, que establecen qué decisiones deben dictar o dictarán los jueces o las administraciones públicas en determinados casos.

La distinción entre estos dos tipos de normas jurídicas es relevante porque, en los casos en los que una decisión judicial *D* aplica una norma jurídica *N*, la existencia de una relación de consecuencia entre, por un lado, la decisión *D* y, por otro lado, la norma *N* y un enunciado asertivo, calificativo, *F* puede parecer más o menos plausible cuando *N* es una norma primaria [como el enunciado (1), el art. 1902 del Código Civil español] y la decisión judicial *D* es una decisión estimatoria [como la decisión

[10] *Vid.* von Wright, 1991: 275.
[11] *Vid.* Koch, 2003: 37-38.
[12] *Vid.,* al respecto, Hernández Marín, 2005: 33-37.

estimatoria (3), que ordena a Mario pagar 1.000 euros a Olga, la demandante]. Pero es totalmente implausible que exista tal relación de consecuencia cuando la norma jurídica *N* es una norma secundaria; sobre todo cuando además la decisión judicial *D* es una decisión desestimatoria, es decir, cuando además abandonamos el presupuesto inicial de que la decisión judicial de la que se habla es una decisión estimatoria.

Consideremos, en primer lugar, el caso de una norma jurídica secundaria *n*, por ejemplo, la norma penal que prevé que los jueces castiguen a los homicidas con una pena de prisión de diez a quince años[13]; y supongamos que *d* es una decisión judicial estimatoria o condenatoria, que castiga al homicida *h* a doce años de prisión. Es indiscutible que esta decisión *d* aplica la norma secundaria penal *n*. Pero cualquier intento de explicar este caso de aplicación del Derecho mediante la noción de consecuencia o deducibilidad está condenado al fracaso. Ni siquiera la oscura noción de consecuencia mixta podría aquí servir de ayuda. Y ello no se debe, dicho brevemente, a que el consecuente de la norma *n* es equivalente a una disyunción de enunciados y a que de una disyunción de enunciados no es deducible ningún miembro de la disyunción. Aunque la norma penal *n* castigara el homicidio con doce años de prisión exactamente, la decisión judicial *d*, que castiga al homicida *h* a doce años de prisión, no sería consecuencia (ni mixta, ni de ningún otro tipo) de la norma penal *n* y un enunciado asertivo, calificativo, *f*, que afirma que *h* es un homicida. Ello se debe a que la norma penal *n* y la decisión judicial *d* hablan de cosas distintas. Pues, por un lado, la norma penal *n* y la decisión *d* tienen distintos destinatarios: los destinatarios de *n* son los jueces, mientras que los destinatarios de *d* son ciertos órganos o agentes ejecutivos o autoridades administrativas. Por otro lado, el verbo «castigar» no significa lo mismo en la norma penal *n* y en la decisión judicial *d*: en la norma *n*, «castigar» significa «dictar sentencia condenatoria», mientras que en la decisión *d* «castigar» significa «encarcelar y retener en prisión». Resulta sorprendente que E. BULYGIN, que es consciente de la existencia de esas diferencias entre la norma *n* y la decisión *d*, sostenga que *d* «es consecuencia lógica (se deduce) de» *n* y *f*[14]. No se vislumbra, ni remotamente, que podría significar en este contexto el término de relación «es consecuencia lógica (se deduce) de».

Consideremos ahora el caso en el que la norma jurídica *N* es una norma secundaria, un enunciado jurídico secundario, y la decisión judicial *D* es una decisión desestimatoria. Según observaciones anteriores, las decisiones judiciales desestimatorias no aplican el Derecho material. Solo aplican enunciados jurídicos procesales. Una decisión judicial desestimatoria puede aplicar, por ejemplo, el enunciado jurídico procesal secundario, contenido en el art. 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC»), que ordena al juez dictar una decisión desestimatoria o absolutoria, en el caso de que se produzca el hecho procesal de que el actor renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión. Es indudable que, si en un litigio determinado tiene lugar este hecho procesal, una decisión desestimatoria, que es un enunciado asertivo (singular), aplicará la citada norma procesal secundaria, que es un enunciado prescriptivo (universal). Pero sería una insensatez, en mi opinión, intentar explicar este caso de aplicación del Derecho mediante alguna noción de consecuencia o deducibilidad. Ese intento sería más descabellado aún que el de explicar, mediante alguna noción de

[13] Esta es la pena prevista para el homicidio en el art. 138.1 del Código Penal español.
[14] *Vid.* BULYGIN, 1994: 33-34.

consecuencia, la relación de aplicación que existe entre la decisión estimatoria *d* y el enunciado secundario penal *n* del ejemplo anterior.

En resumen, conforme a las observaciones precedentes, explicar la relación de aplicación entre una decisión judicial y un enunciado jurídico primario mediante la noción de consecuencia, consecuencia mixta, tropieza con el obstáculo, insuperado hasta hoy, de hallar una definición irreprochable de la noción de consecuencia mixta; y, si ese obstáculo fuera superado, habría que esquivar a continuación las consecuencias absurdas que podrían ser deducidas del uso de esa noción de consecuencia mixta para explicar la relación de aplicación entre una decisión judicial y un enunciado jurídico primario. En cuanto a la aplicación de los enunciados jurídicos secundarios, intentar explicar la relación de aplicación entre una decisión judicial y uno de esos enunciados jurídicos mediante alguna noción de consecuencia constituye un despropósito. Y además conviene recordar que, en algunos casos, lo que permite decir que una decisión desestimatoria es materialmente conforme al Derecho (material) o dice el Derecho (material) no es que la decisión aplique algún enunciado jurídico (material), sino el hecho de que la decisión estimatoria correspondiente opuesta a ella no aplica ningún enunciado jurídico (material), cualquiera que sea la manera de entender esa relación de aplicación. Por consiguiente, en contra de lo que sugiere C. BECCARIA en un pasaje bien conocido[15], ni la pena se sigue de la ley y de la comisión del delito (es decir, en un caso penal, la decisión condenatoria o estimatoria no es consecuencia de la ley penal y del enunciado que afirma la comisión del delito previsto en la ley), ni tampoco, y más claramente, la libertad se sigue de la ley y de la no comisión del delito (es decir, en un caso penal, la decisión absolutoria o desestimatoria tampoco es consecuencia de la ley penal y del enunciado que afirma que el delito previsto en la ley no ha sido cometido).

En obras anteriores[16] he presentado dos concepciones, denominadas «concepción sintáctica» y «concepción semántica», para explicar la aplicación de los enunciados jurídicos primarios y de los enunciados jurídicos secundarios, respectivamente. A dichas obras debo remitirme en el presente trabajo.

3.2.4. El valor probatorio de los razonamientos

Por último, me referiré a la tercera de las ideas antes mencionadas, la creencia de que un silogismo judicial prueba que su conclusión, la decisión *D*, es deducible o es consecuencia de sus premisas *N* y *F* (como antes he observado, esta creencia es el origen de la noción de justificación interna de las decisiones judiciales). Dice J. CORCORAN que «un argumento *per se* no prueba nada, ni siquiera que su conclusión se sigue de su conjunto de premisas»[17]. Aunque, en mi opinión, es más exacto decir que, ante un fragmento de discurso, del que sabemos que se trata de un argumento o razonamiento y cuáles son sus premisas y su conclusión, pero no disponemos de ningún dato más

[15] «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena» (BECCARIA, 2014: 47).

[16] HERNÁNDEZ MARÍN, 2005 y 2012.

[17] CORCORAN, 1994: 42.

acerca de él, no podemos saber si prueba algo o no; y en ningún caso un razonamiento prueba que su conclusión se sigue o es consecuencia de sus premisas. Pensar que un razonamiento prueba que su conclusión es consecuencia de sus premisas es confundir la relación de consecuencia con la relación inferencial o de razonamiento.

Por ejemplo, supongamos que una persona realiza el razonamiento siguiente:

> [R] Si llueve las calles se mojan [premisa]. No llueve [premisa]. Las calles no se mojan [conclusión].

Al realizar este razonamiento [R], esa persona ha creado una relación de razonamiento o relación inferencial entre el enunciado que constituye la conclusión del razonamiento [R] y los enunciados que son sus premisas, puesto que *ha inferido* la conclusión a partir de las premisas. Pero ello no garantiza que entre el enunciado que constituye la conclusión de dicho razonamiento y los enunciados que son sus premisas exista también una relación de consecuencia o deducibilidad. De hecho, esta segunda relación no se da, puesto que es posible que las premisas del razonamiento [R] sean verdaderas, pero su conclusión falsa.

Ciertamente, existen razonamientos, como el clásico «Todos los hombres son mortales; Sócrates es hombre. Por tanto, Sócrates es mortal», en los que la conclusión del razonamiento es consecuencia lógica de sus premisas. Pero esta relación entre el enunciado que constituye la conclusión y los enunciados que son las premisas del razonamiento se da con independencia del razonamiento en sí. No es el razonamiento lo que crea esa relación de consecuencia lógica, ni lo que prueba su existencia. Dicho razonamiento no prueba que es imposible que los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre» sean verdaderos y el enunciado «Sócrates es mortal», falso. Lo único que prueba el razonamiento citado, *dado que* su conclusión es consecuencia lógica de sus premisas (o sea, *dado que* es imposible que los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre», que son sus premisas, sean verdaderos y el enunciado «Sócrates es mortal», que es su conclusión, falso), y *dado que* sus premisas son verdaderas, es que su conclusión es verdadera. Para probar que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos $A_1, A_2, ..., A_n$, en ningún caso es suficiente realizar un razonamiento, cuyas premisas sean $A_1, A_2, ..., A_n$ y cuya conclusión sea B (o sea, no es suficiente ni siquiera en los casos en los que B es consecuencia lógica de $A_1, A_2, ..., A_n$).

A ello hay que añadir que, para probar que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos $A_1, A_2, ..., A_n$, no es necesario realizar un razonamiento, cuyas premisas sean $A_1, A_2, ..., A_n$ y cuya conclusión sea B. Para probar tal cosa, es suficiente algún razonamiento o procedimiento que pruebe que es imposible que los enunciados asertivos $A_1, A_2, ..., A_n$ sean verdaderos y el enunciado asertivo B, falso. Entre esos procedimientos figuran los árboles semánticos; y también las tablas de verdad, en el caso de que los enunciados asertivos $A_1, A_2, ..., A_n$ y B sean enunciados o fórmulas del lenguaje de la lógica proposicional.

Por ejemplo, un razonamiento que prueba, siguiendo el modelo de los árboles semánticos, que el enunciado «Sócrates es mortal» es consecuencia lógica de los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre» es el que se expone a continuación. Partimos de las tres hipótesis siguientes: 1.ª) el enunciado «Todos los

hombres son mortales» (que significa lo mismo que la generalización universal «Para cualquier entidad *x*: si *x* es hombre, entonces *x* es mortal») es verdadero; 2.ª) el enunciado «Sócrates es hombre», también es verdadero, y 3.ª) el enunciado «Sócrates es mortal» es falso. De la primera hipótesis (en conjunción a la definición de verdad para las generalizaciones universales) se deduce o se sigue que el enunciado (condicional) «Si Sócrates es hombre entonces Sócrates es mortal» es verdadero. A su vez, de esta tesis (en conjunción a la definición de verdad para los enunciados condicionales) se deduce que o bien el enunciado «Sócrates es hombre» es falso o bien el enunciado «Sócrates es mortal» es verdadero. Cualquiera de las dos opciones de esta disyunción contradice alguna de las hipótesis iniciales (la primera opción contradice la segunda hipótesis, mientras que la segunda opción contradice la hipótesis tercera). Conjuntamente, pues, las tres hipótesis implican una contradicción. Por consiguiente, es imposible que las tres hipótesis sean verdaderas. Y esto es precisamente lo que significa la tesis de que el enunciado «Sócrates es mortal» es consecuencia lógica de los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre».

La situación cambia radicalmente si alguno de los enunciados $A_1, A_2, ..., A_n$ o B es un enunciado no asertivo, por ejemplo, prescriptivo, y se pretendiera probar que B es consecuencia de $A_1, A_2, ..., A_n$; pues, en este caso, no sabemos qué razonamiento o procedimiento podría probar tal cosa, debido a que ni siquiera sabemos en ese caso qué significa decir que B es consecuencia de $A_1, A_2, ..., A_n$. Como antes ha sido observado, si $A_1, A_2, ..., A_n$ y B son enunciados prescriptivos, no sabemos qué significa decir que B es consecuencia deóntica o normológica de $A_1, A_2, ..., A_n$. Y si el enunciado B es prescriptivo, pero entre los enunciados $A_1, A_2, ..., A_n$ figuran enunciados prescriptivos y asertivos, menos aún sabemos qué significa decir que B es consecuencia mixta de $A_1, A_2, ..., A_n$.

Podemos suponer, no obstante, que sabemos qué significa decir que una decisión prescriptiva, como la decisión (3), es consecuencia mixta de una norma jurídica prescriptiva, como el enunciado (1), y un enunciado asertivo, como el enunciado (2); del mismo modo que sabemos qué significa decir que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos $A_1, A_2, ..., A_n$. Aún así, para probar que la decisión prescriptiva (3) es consecuencia mixta de la norma jurídica prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2), no sería suficiente realizar un razonamiento, como [SIL], cuyas premisas fueran los enunciados (1) y (2) y cuya conclusión fuera el enunciado (3); del mismo modo que, para probar que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos $A_1, A_2, ..., A_n$, no es suficiente realizar un razonamiento, cuyas premisas sean $A_1, A_2, ..., A_n$ y cuya conclusión sea B. Si el razonamiento [SIL] probara que su conclusión (3) es consecuencia mixta de sus premisas (1) y (2), se podría decir también, análogamente, que el razonamiento [IL] prueba que su conclusión (3) es consecuencia (¿ilícita?) de sus premisas (1*) y (2).

Por consiguiente, en el caso de que, en contra de las tesis antes sostenidas, una sentencia judicial contuviera un silogismo judicial como [SIL], este razonamiento crearía una relación inferencial entre, por un lado, la decisión (3), que es la conclusión de ese razonamiento, y, por otro lado, la norma jurídica (1) y el enunciado (2), que son las premisas de dicho razonamiento. Pero el razonamiento [SIL] no probaría la existencia de una relación de consecuencia mixta entre su conclusión y sus premisas, ni siquiera

en el caso de que supiéramos qué significa decir que la decisión prescriptiva (3) es consecuencia mixta de la norma jurídica prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2).

3.2.5. Consideraciones finales

Supongamos que, en contra de lo que he sostenido en páginas anteriores: *a)* para que una decisión judicial sea conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique una norma jurídica; *b)* para que una decisión judicial prescriptiva aplique una norma jurídica prescriptiva, es condición necesaria que la decisión sea consecuencia mixta de dicha norma y un enunciado asertivo, y *c)* un silogismo judicial como [SIL] prueba, es decir, es suficiente para probar, que su conclusión, la decisión prescriptiva (3), es consecuencia mixta de sus premisas, la norma jurídica prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2). Supongamos, además, en contra también de lo que pienso, que *d)* es necesario incluir en la motivación de la decisión (3) algún razonamiento que pruebe que esta decisión es consecuencia mixta de la norma prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2). De todas estas hipótesis, en particular de las dos últimas, no se deduce que sea necesario incluir el razonamiento [SIL] en la motivación de la decisión (3). Pues podrían existir, incluso tendrían que existir, razonamientos o procedimientos similares a los árboles semánticos o a las tablas de verdad, capaces de probar, al menos en algunos casos, que una decisión prescriptiva, como la decisión (3), es consecuencia mixta de una norma jurídica prescriptiva, como (1), y un enunciado asertivo, como (2). Por esta razón, para probar que la decisión (3) es consecuencia mixta de la norma jurídica prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2), no sería necesario que la motivación de dicha decisión incorporara precisamente el razonamiento [SIL], y no otro razonamiento o procedimiento distinto.

A ello hay que añadir que, suponiendo que fuera necesario que la motivación de la decisión (3) incluyera el razonamiento [SIL] [a fin de probar que dicha decisión es consecuencia mixta de la norma jurídica prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2)], de ello no se deduce la necesidad de que [SIL] sea el razonamiento principal de dicha motivación. Ahora bien, si a la necesidad de que la motivación de la decisión (3) incluya el razonamiento [SIL] se le une uno de los presupuestos iniciales, conforme al cual la conclusión del razonamiento principal de la motivación de la decisión (3) es la propia decisión (3), entonces, dado que la conclusión de [SIL] también es la decisión (3) [y ningún otro (sub)razonamiento de dicha motivación tiene como conclusión la decisión (3)], el razonamiento [SIL] no puede ocupar en la motivación de la decisión (3) otro lugar que la del razonamiento principal de ella.

4. SOBRE LA VALIDEZ, LEGALIDAD Y VALOR PROBATORIO DEL RAZONAMIENTO PRINCIPAL DE UNA SENTENCIA JUDICIAL

4.1. Deficiencias del razonamiento principal de una sentencia judicial

La exposición precedente ha partido del presupuesto indiscutido de que la conclusión final de la motivación de una decisión judicial y la conclusión también del razo-

namiento principal de esa motivación es la propia decisión, así como del presupuesto contingente de que esa decisión es una decisión estimatoria prescriptiva. Y, aunque en ocasiones ha abandonado el segundo de esos presupuestos para realizar consideraciones complementarias, la exposición ha mostrado dos cosas: en primer lugar, que, aun aceptando esos presupuestos, una sentencia judicial no incluye un silogismo judicial, ni como razonamiento principal, ni bajo ningún otro concepto; y, en segundo lugar, que las tesis que (aparentemente) han inducido a pensar que una sentencia ha de incluir un silogismo judicial contienen errores, algunos de los cuales se aprecian con más claridad cuando el segundo de dichos presupuestos es abandonado. Expondré ahora las razones por las que considero que una sentencia no ha de incluir un silogismo judicial.

En el caso de los razonamientos ordinarios, esto es, razonamientos integrados exclusivamente por enunciados asertivos, un razonamiento es válido deductivamente si y solo si su conclusión es consecuencia, consecuencia lógica, de sus premisas (es decir, si y solo si es imposible que sus premisas sean verdaderas, y su conclusión, falsa). Por ello, de manera análoga, habría que decir que un razonamiento mixto, como un silogismo judicial, es válido deductivamente si y solo si su conclusión es consecuencia mixta de sus premisas. Pero esta definición no nos sirve, dado que, como se ha dicho y repetido, no sabemos qué significa el término «consecuencia mixta», incluido en el *definiens*. Por tanto, y a pesar de que con frecuencia se afirma que un silogismo judicial es un razonamiento deductivo o válido deductivamente, esta afirmación carece de justificación[18].

Por otro lado, un razonamiento válido inductivamente es un razonamiento inductivo, es decir, un razonamiento ordinario no deductivo, tal que, si sus premisas son verdaderas, es probable que su conclusión también lo sea. Pero un silogismo judicial ni siquiera es un razonamiento ordinario, integrado exclusivamente por enunciados asertivos. Por ello, un silogismo judicial no puede ser un razonamiento válido inductivamente.

El hecho de que un silogismo judicial no sea válido deductivamente, ni inductivamente, tiene una consecuencia ulterior, a la luz de la regulación de la motivación de las decisiones judiciales. En esta regulación, cabe distinguir reglas de dos clases:

Por un lado, reglas que regulan la motivación en general, entre las que destaca el segundo enunciado del art. 218.2 de la LEC. Este precepto ordena a los jueces motivar las decisiones judiciales «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». Las reglas de la lógica (como la regla *modus ponendo ponens* y las diferentes reglas de introducción y eliminación de los símbolos lógicos) son formas de razonamiento válidas deductivamente; mientras que las reglas de la razón son ante todo las reglas de la razón científica. Por ello, entiendo que este precepto exige a todos los razonamientos incluidos en la motivación de una decisión judicial que sean, como los razonamientos científicos, razonamientos válidos deductiva o inductivamente.

---

[18] Aunque hay que mencionar los esfuerzos, casi titánicos, de un autor, P. B. M. VRANAS, que en los últimos años ha escrito diversos artículos para justificar la validez de razonamientos en los que los enunciados asertivos y los enunciados prescriptivos aparecen mezclados de cualquier forma en las premisas y la conclusión de los razonamientos. Pero de la escasa solidez de sus planteamientos y sobre todo de sus conclusiones pueda dar idea el hecho de que este autor considera como ejemplo de razonamiento válido el siguiente: «*Marry me. So: Possibly, there is a reason for you to marry me*» (VRANAS, 2016: 1721).

Por otro lado, existen también reglas particulares, que regulan algunos de los razonamientos que las normas procesales exigen incluir en la motivación de una decisión judicial. Esta regulación particular, como la que regula el razonamiento probatorio, introduce excepciones a la regulación general de la motivación y autoriza ciertos razonamientos, aunque no sean válidos (destacan a este respecto los razonamientos autorizados por las reglas procesales que regulan las pruebas legales o tasadas).

Según observaciones anteriores, la legislación procesal no exige incluir un silogismo judicial en la motivación de una decisión judicial. Y los razonamientos no exigidos por la legislación procesal, pero introducidos por el juez en la motivación de una decisión judicial, se rigen por las reglas generales que regulan la motivación. Como acaba de ser observado, estas reglas ordenan que los razonamientos integrantes de la motivación sean razonamientos válidos, deductiva o inductivamente; y un silogismo judicial no es un razonamiento válido; por ello, la inclusión de un razonamiento de este tipo en la motivación de una decisión judicial infringiría dichas reglas generales.

A la invalidez e ilegalidad de un silogismo judicial cabe añadir otras consideraciones, relativas a su valor probatorio. Observemos el silogismo judicial [SIL] y fijémonos primeramente en su conclusión, la decisión (3), «Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros». Ha sido descartada la tesis de que este razonamiento prueba que su conclusión, la decisión (3), es consecuencia (mixta) de sus premisas, los enunciados (1) y (2). Pero además es difícil contemplar el razonamiento [SIL] como un intento de probar tal cosa. Pues si un razonamiento pretendiera probar que la decisión (3) tiene la propiedad de ser consecuencia de los enunciados (1) y (2) o cualquier otra propiedad, por ejemplo, la propiedad de ser una decisión que aplica el enunciado jurídico (1), lo normal sería que la conclusión de dicho razonamiento fuera un enunciado asertivo que afirma que la decisión (3) tiene dicha propiedad. De la misma manera que la conclusión de un razonamiento que pretende probar que Dios existe solo puede ser un enunciado que afirma que Dios existe.

En cuanto a las premisas del razonamiento [SIL], sería algo insólito que este razonamiento, cuyas premisas no se refieren a la decisión (3), pretendiera probar que dicha decisión tiene alguna propiedad determinada. Además, si el citado razonamiento pretendiera probar, por ejemplo, que la decisión (3) aplica el enunciado jurídico (1), lo normal sería que entre sus premisas figurara una tesis general que definiera la noción de decisión judicial que aplica un enunciado jurídico, cosa que no ocurre.

En realidad, el razonamiento [SIL] no puede probar nada. Los únicos razonamientos que son capaces de probar algo son los razonamientos ordinarios. Y ello a condición de que sean, al igual que el clásico «Todos los hombres son mortales; Sócrates es hombre. Por tanto, Sócrates es mortal», razonamientos sólidos, esto es, razonamientos cuyas premisas son verdaderas y cuya conclusión es consecuencia lógica de sus premisas. Y lo único que puede probar un razonamiento de estas características es la verdad de su conclusión, según se ha dicho antes. Pero la conclusión del razonamiento [SIL] no puede ser verdadera, dado que es un enunciado prescriptivo; y además dicho razonamiento ni siquiera es un razonamiento ordinario. En definitiva, el razonamiento [SIL] ni prueba que su conclusión es consecuencia (mixta) de sus premisas, ni ninguna otra cosa.

En resumen, una sentencia no incluye un silogismo judicial y además tampoco debería incluirlo, dado que este razonamiento presenta todas esas deficiencias que han sido señaladas: carece de validez, es ilegal y carece de valor probatorio (e incluso, aparentemente, de pretensión probatoria). Según observaciones anteriores, lo que una sentencia judicial incluye como (sub)razonamiento principal es un razonamiento ilícito como [IL]. Sin embargo, esta afirmación, en cuanto generalización empírica universal, es falsa, incluso limitándola a los casos en los que la decisión resolutoria del litigio de que se trate es una decisión estimatoria prescriptiva, como la decisión (3). Sería más acertado decir lo siguiente: aceptado el presupuesto de que la conclusión del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es la propia decisión, en los casos en los que la decisión judicial es una decisión prescriptiva como (3), la conclusión de ese razonamiento principal es una decisión prescriptiva como (3); y, en estos casos, dicho razonamiento principal, que nunca es un silogismo judicial como [SIL] y a veces es un razonamiento ilícito como [IL], siempre *debería ser* un razonamiento ilícito [IL], nunca un razonamiento mixto como [SIL]. Y ello por dos razones:

Una de ellas no es que el razonamiento [IL] carezca de los defectos detectados en el razonamiento [SIL]. Al contrario. Al igual que [SIL], el razonamiento [IL] es un razonamiento inválido, ilegal y carente de virtualidad (e incluso de pretensión) probatoria. Sin embargo, [SIL] presenta un defecto adicional, que puede ser expuesto observando el siguiente fragmento de discurso:

> [FD] Dado que ¡arrepentíos, pecadores!, y que Pedro es un pecador, ¡arrepiéntete, Pedro!

En mi opinión, es discutible que este fragmento de discurso sea significativo. Y, dado que el silogismo judicial [SIL] tiene la misma composición, desde el punto de vista del tipo de discurso de los enunciados que lo integran, que el fragmento de discurso citado, no es descabellado dudar de la significatividad de [SIL]. En cambio, [IL] es indudablemente un fragmento de discurso significativo, debido quizá a que todas sus premisas son asertivas, a diferencia de lo que sucede en [SIL].

Por otro lado, la inclusión del razonamiento [SIL] en la motivación de una decisión judicial carece, según ha sido observado, de cualquier fundamento legal o teórico. En cambio, el razonamiento [IL], mediante una de sus premisas, concretamente, mediante el enunciado (1*), cita un enunciado jurídico que la decisión (3), que es su conclusión, presuntamente aplica, como exige la legislación procesal; una exigencia que [SIL] no cumple.

4.2. Propuesta de un nuevo modelo de razonamiento principal de la sentencia judicial

Todas las deficiencias observadas en el razonamiento [IL] (presentes también en el razonamiento [SIL]) tienen el mismo origen: el hecho de que, conforme a uno de los presupuestos iniciales, su conclusión es la decisión que resuelve un litigio judicial. Esta circunstancia, unida al dato de que esa decisión es, conforme a otro de esos presupuestos, una decisión estimatoria prescriptiva, priva a [IL] de validez, legalidad y valor probatorio. Aunque, en realidad, podríamos dejar al margen este segundo presupuesto: el

mero hecho de que la conclusión del razonamiento [IL] sea la decisión que resuelve un litigio judicial es suficiente para provocar en [IL] esas carencias.

Pues si la conclusión del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es la propia decisión, ya sea esa decisión una decisión estimatoria prescriptiva, como la decisión (3), o cualificatoria, ya sea una decisión desestimatoria, parece inevitable que dicho razonamiento principal sea, al igual que [IL], un razonamiento inválido, ilegal y sin valor probatorio. Téngase en cuenta que el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial, al no ser un razonamiento exigido por la legislación procesal (a diferencia, por ejemplo, del razonamiento probatorio, que sí es un razonamiento que dicha legislación exige incluir en la motivación de las decisiones judiciales), se rige por las reglas generales que regulan la motivación. Como antes se dijo, estas reglas exigen que los razonamientos incluidos en la motivación de una decisión judicial sean razonamientos válidos, deductiva o inductivamente. Pero un razonamiento cuya conclusión es una decisión judicial difícilmente puede ser un razonamiento válido. Y ello, aunque ese razonamiento sea un razonamiento ordinario, es decir, aunque la conclusión de dicho razonamiento, que es la decisión resolutoria de un litigio, sea un enunciado asertivo (lo cual solo es posible si se trata de una decisión desestimatoria), y aunque sus premisas también sean enunciados asertivos, algunos de los cuales deberían citar enunciados jurídicos, como exige la legislación procesal. En resumen, si la conclusión del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es la propia decisión, ese razonamiento adolecerá muy probablemente de los mismos defectos observados en [IL], cualquiera que sea la decisión, y cualquiera que sea la composición íntegra de dicho razonamiento. Quizá lo mejor que podría decirse de semejante razonamiento principal es que es una «justificación racional de la decisión», como se dice usualmente.

Las deficiencias del razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial, cuya conclusión es la propia decisión, contaminan la motivación en su conjunto. Pues, por un lado, su consecuencia inmediata es que la motivación no esté compuesta íntegramente por razonamientos válidos, como exige la legislación procesal (con la salvedad de las excepciones antes señaladas). Por otro lado, es cierto que los (sub)razonamientos incluidos en la motivación de una decisión judicial, como el razonamiento probatorio, tienen autonomía respecto al resto de la motivación y pueden ser contemplados como intentos de probar la verdad de sus conclusiones respectivas. Sin embargo, la decisión judicial que resuelve un litigio, no solo es la conclusión del razonamiento principal de su propia motivación, sino también la conclusión final de dicha motivación. Y una motivación que tiene esa conclusión final, contemplada globalmente, no puede ser considerada un intento de probar algo, dado que no puede probar nada (lo mismo que sucede con el razonamiento principal de esa motivación). Contemplada globalmente y como modelo teórico, dicha motivación puede ser considerada, en el mejor de los casos, una justificación racional de la decisión que constituye su conclusión final (a semejanza también del razonamiento principal de esa motivación). Aunque, en la práctica, esa justificación racional se convierte en un mero dar «razones» a favor de la conclusión-decisión, dicho sea utilizando un término taumatúrgico para algunos; una argumentación persuasiva o retórica, en la que, aunque las «razones» aducidas sean sensatas, frecuentemente ni siquiera se vislumbra un razonamiento ilícito como

[IL]. Una argumentación similar a los razonamientos «No te saludé, porque no te vi» o «Abrígate, porque hace frío»; razonamientos que, aunque sus premisas («no te vi» y «hace frío», respectivamente) sean verdaderas, no pueden probar, ni intentan probar, cosa alguna.

Como se ha dicho, las deficiencias que presenta el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial y que afectan a la motivación en su conjunto tienen su origen en el hecho de que la conclusión de ese razonamiento principal es una decisión judicial que resuelve un litigio. Y este hecho, a su vez, tiene su origen en otro: el hecho de que la conclusión final de la motivación de una decisión judicial es la propia decisión (pues el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es precisamente el razonamiento cuya conclusión es la conclusión final de la motivación; por lo cual, al ser la conclusión final de la motivación de una decisión judicial la propia decisión, esta es también la conclusión del razonamiento principal de la motivación). Pero, como ha sido indicado en páginas anteriores, no hay ninguna razón para considerar que esto haya de ser así. El Derecho no exige que la conclusión final de la motivación de una decisión judicial sea la propia decisión. Y, por otro lado, las concepciones teóricas de las cuales puede ser derivada dicha exigencia carecen de fundamento.

Por consiguiente, y dado que la inclusión de una decisión judicial en su propia motivación como conclusión final de ella tiene las consecuencias negativas que han sido señaladas y además carece de cualquier fundamento legal o teórico, lo razonable o procedente sería abandonar la idea tradicional de que la conclusión final de la motivación de una decisión judicial ha de ser la propia decisión. Ese abandono es, por otra parte, una exigencia o consecuencia de la concepción de la motivación de las decisiones judiciales formulada en las primeras páginas, según la cual la motivación de una decisión judicial es un razonamiento que pretende probar que la decisión es conforme al Derecho (esta concepción de la motivación figura también entre las ideas, expuestas anteriormente, que han originado aparentemente la creencia de que la motivación de una decisión judicial ha de incluir un silogismo judicial). Pues si la motivación de una decisión judicial es concebida de esta manera, es obvio que la conclusión final de la motivación de una decisión judicial no debería ser la propia decisión. Conforme a esa concepción de la motivación, la conclusión final de la motivación de una decisión judicial es o debería ser una tesis metalingüística acerca de la decisión, un enunciado asertivo, que afirma que la decisión es conforme al Derecho.

Una primera consecuencia de este cambio es que el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial podría ser un razonamiento ordinario, integrado exclusivamente por enunciados asertivos. Pues supongamos que la decisión objeto de motivación fuera la decisión (3), «Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 euros». La conclusión final de la motivación de esta decisión sería, según lo que se acaba de decir, la afirmación «La decisión (3) es conforme al Derecho». Esta afirmación sería también la conclusión del razonamiento principal de esa motivación, cuyas premisas podrían ser las tres siguientes: *a)* una tesis general, que afirma que una decisión judicial conforme al Derecho es una decisión judicial procesal y materialmente conforme al Derecho (de acuerdo con las ideas antes expuestas acerca de qué es una decisión judicial jurídicamente correcta o conforme al Derecho); *b)* una tesis singular, que afirma que la decisión (3) es procesalmente conforme al Derecho, y *c)* otra tesis

singular, que afirma que la decisión (3) es materialmente conforme al Derecho. Este razonamiento principal sería un razonamiento ordinario válido, incluso deductivamente válido, que cumple las exigencias del art. 218.2 de la LEC.

En cuanto al valor probatorio de este razonamiento, ciertamente resulta insuficiente como intento de probar que la decisión (3) es conforme al Derecho. Pero dicho razonamiento solo sería el razonamiento principal de la motivación de la citada decisión. Para que esta motivación fuera completa y adquiriera valor probatorio respecto a su conclusión final, ese razonamiento principal tendría que ir acompañado de dos grupos o conjuntos de (sub)razonamientos tendentes a probar las dos tesis singulares que figuran como premisas de dicho razonamiento principal:

Uno de ellos, que tendría como conclusión final la tesis «La decisión (3) es procesalmente conforme al Derecho», podría ser llamado «razonamiento justificatorio de la corrección procesal de la decisión judicial» o, simplemente, «motivación procesal de la decisión judicial».

El otro grupo de razonamientos tendría como conclusión final la tesis «La decisión (3) es materialmente conforme al Derecho»; y podría ser denominado «razonamiento justificatorio de la corrección material de la decisión judicial» o, simplemente, «motivación material de la decisión judicial».

Según observaciones anteriores, una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión judicial (congruente) que dice el Derecho. Y, dado que una decisión judicial puede ser estimatoria o bien desestimatoria y que el Derecho puede ser el Derecho material o el Derecho procesal, habría que distinguir cuatro tipos de motivaciones materiales: *a)* las que intentan probar que una decisión estimatoria dice el Derecho material; *b)* las que intentan probar que una decisión estimatoria dice el Derecho procesal; *c)* las que intentan probar que una decisión desestimatoria dice el Derecho procesal, y *d)* las que intentan probar que una decisión desestimatoria dice el Derecho material.

La motivación material de la decisión (3) sería una motivación material de la clase *a)*; y existen importantes diferencias entre las motivaciones materiales de esa clase y las restantes. Pero este tema no puede ser abordado aquí. Lo único que deseo señalar es que, a pesar de esas diferencias, todas las motivaciones materiales de cualquier clase podrían cumplir todos los preceptos legales que regulan la motivación de las decisiones judiciales. Podrían estar integradas exclusivamente por razonamientos ordinarios, susceptibles de ser válidos deductiva o inductivamente, como exige el art. 218.2 de la LEC. Los enunciados integrantes de algunos de esos razonamientos citarían los enunciados jurídicos pertinentes, como exige el art. 142 de la LEC (lo cual sería imprescindible, por otra parte, para que dichos razonamientos fueran válidos). Por otro lado, la motivación, tal como la acabo de esbozar, sería un razonamiento que, al igual que cualquier otro razonamiento científico o técnico, pretende probar que su conclusión final, «La decisión (3) es conforme al Derecho», es verdadera; y tendría inequívocamente la pretensión de probar que la decisión que resuelve un litigio es conforme al Derecho.

Además, dado que todos los razonamientos integrantes de la motivación de una decisión judicial serían razonamientos ordinarios, ni los jueces, al realizar las motiva-

ciones de las decisiones que dictan, ni los teóricos, al estudiar dichas motivaciones, tendrían necesidad de apartarse de la lógica ordinaria. No sería necesario acudir a la discutida lógica de normas, ni a razonamientos o argumentos de un tipo especial (jurídicos, mixtos, prácticos, morales, etc.), no menos polémicos, cuyo origen y difusión en el pensamiento jurídico han sido favorecidos por la noción de silogismo judicial.

En la motivación que propongo no existiría un silogismo judicial, ni ningún otro razonamiento, como [IL], cuya conclusión fuera la decisión que resuelve el litigio (ni como razonamiento principal de la motivación, ni bajo ningún otro concepto). En dicha motivación, por tanto, no habría ningún razonamiento que mereciera la denominación de «justificación interna de la decisión judicial», dado que este término se refiere precisamente a un razonamiento cuya conclusión es la decisión. Y, puesto que el término «justificación externa de la decisión judicial» se refiere a la justificación de las premisas de un razonamiento cuya conclusión es la decisión, en la motivación de la que estoy hablando tampoco habría justificación externa de la decisión.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., 2004: *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos de Filosofía del Derecho*. Trad. de P. Larrañaga, México: Distribuciones Fontamara.

BECCARIA, C., 2014 [1764]: *De los delitos y de las penas*. Trad. de J. A. de las Casas, Introducción, apéndice («Beccaria en España») y notas de J. A. Delval, y Comentario al libro «De los delitos y las penas» de VOLTAIRE, Madrid: Alianza.

BULYGIN, E., 1994: «Lógica y normas», *Isonomía*, 1, 27-35.

— 2005a: «Creación y aplicación del derecho», en F. ATRIA, E. BULYGIN, J. J. MORESO *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 29-44.

— 2005b: «En defensa del Dorado. Respuesta a Fernando Atria», en F. ATRIA, E. BULYGIN, J. J. MORESO *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 73-85.

— 2009: «Creación judicial del derecho», en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 75-94.

— 2010: «El conocimiento y la interpretación del Derecho», en P. R. BONORINO RAMÍREZ (ed.), *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima: Ara Editores, 19-51.

CARACCIOLO, R., 1988: «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial», *Análisis filosófico*, VIII, núm. 1, 37-67.

CORCORAN, J., 1994: «Argumentaciones y lógica», *Agora*, 13, núm. 1, 27-55.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces,* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

— 2012: *Compendio de filosofía del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

KOCH, H.-J., 2003: «Deduktive Entscheidungsbegründung», en R. ALEXY, H.-J. KOCH, L. KUHLEN *et al.*, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, 37-60.

MacCormick, N., 1995: *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

Von Wright, G. H., 1991: «Is There a Logic of Norms?», *Ratio Iuris*, 4, núm. 3, 265-283.

Vranas, P. B. M., 2016: «New foundations for imperative logic III: a general definition of argument validity», *Synthese*, 193, 1703-1753.

Wróblewski, J., 1974: «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 5, 33-46.

LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: ANÁLISIS DE ALGUNAS OBJECIONES IUSFILOSÓFICAS*

Victoria Iturralde Sesma

Universidad del País Vasco
victoria.iturralde@ehu.eus

RESUMEN. El objeto de estas páginas es examinar si la igualdad en la aplicación de la ley que, *grosso modo* se traduce en la obligación de seguir los precedentes, es un valor positivo o si, por el contrario, se trata de un principio vacío de contenido o que se diluye o contradice otros principios. Para ello, señalo que la aplicación del principio de igualdad requiere establecer cuáles son los términos de comparación: uno, el caso individual que debe decidir el juez y otro, el precedente. Este último puede manifestarse de dos formas: como la *ratio decidendi* de uno o varios casos individuales o como uno o varios casos individuales análogos.

A continuación analizo cada una de las críticas que, desde una perspectiva iusfilosófica, se ha dirigido contra la igualdad en la aplicación para: *a)* que igualdad equivale a legalidad; *b)* que la igualdad en la aplicación es un principio meramente formal; *c)* el carácter vacío de dicho principio dada la indeterminación de la expresión «semejanza relevante»; *d)* su irrelevancia, puesto que el juez debe decidir caso por caso, y *e)* la posible injusticia del precedente, que será reiterada por la decisión posterior.

Palabras clave: igualdad en la aplicación del derecho, precedente, analogía.

Equality Before Law: Analysis of Some Objections From Legal Philosophy

ABSTRACT. The main subject of these pages is to analyze if equality before the law is a positive value or if it is a devoid, formal and without relevance principle. In order to achieve this purpose, I will start by analyzing the terms of comparison of equality before the law and the problems they set out. I will distinguish two kinds of precedents: the first one lies in the *ratio decidendi* (model of rules), the second one, in the individual cases (model of analogy).

Secondly, I will examine whether the equality before the law is a valuable principle or not. For that purpose, I will explain what the criticisms addressed to the principle are: *a)* its identification with the principle of legality; *b)* its' purely formal character; *c)* the vacant character (due to the indetermination of the expression «relevant resemblance»; *d)* its irrelevance because the judge must decide on a case by case, and *e)* its' possible injustice. Afterwards, I will make a critical assessment of each of them. My conclusion is that none of the criticism to the equality before the law principle is as important as to play it down.

Keywords: equality before law, precedent, analogy.

* Fecha de recepción: 15 de junio de 2018. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2018.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.06

1. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

1.1. Igualdad en la aplicación de la ley: significados

1. La igualdad es uno de los elementos más antiguos y profundos del pensamiento liberal, y como todos los fines humanos, no puede ser defendido o justificado, ya que es él el que justifica otras acciones y medios utilizados para su realización[1]. Pero, a su vez, se trata de una noción inmanejable, con multitud de significados, hasta el punto de que es difícil saber de qué hablamos cuando hablamos de igualdad[2]. Las páginas que siguen tienen por objeto la igualdad *en la aplicación de la ley,* por lo que la imprecisión del término queda reducida.

De otro lado, frente a la idea común que la igualdad es un valor positivo, hay que decir que la igualdad en sí misma no es ni positiva ni negativa: depende del término de comparación y del ámbito (económico, social, legal...) al que esta refiera, de cómo se entienda la igualdad (igualdad para todos, tratamiento desigual para los desiguales...), etcétera.

De la «igualdad jurídica» puede hablarse en sentidos diversos de los que pueden destacarse dos: la igualdad *en la le*y y la igualdad *en la aplicación* de la ley.

La igualdad *en la ley* impone limitaciones al legislador sobre qué criterios deben ser relevantes para un tratamiento normativo diferenciado y cuáles no. En palabras de LAPORTA, el principio de igualdad se atomiza en una pluralidad de normas cuyos contenidos son los criterios concretos de selección y los tipos de tratamiento admitidos o rechazados. Al hacer esto, el principio de igualdad se despliega en un abanico de principios de segundo orden y normas concretas que se ocupan de catalogar los rasgos distintivos en función de su «relevancia» o «irrelevancia» como justificaciones de tratamiento diferenciado[3].

La igualdad *en la aplicación de la ley* puede entenderse en dos sentidos[4]. Uno es el de «interpretación no discriminatoria», que supone evaluar el *criterio interpretativo en sí mismo* sin referirlo necesariamente a su aplicación en un caso concreto. Se trata de la prohibición de realizar interpretaciones discriminatorias de la ley, es decir, que supongan una violación de algunas de las prohibiciones contenidas en el art. 14 de la Constitución y otras no expresamente mencionadas, o que establezcan diferencias de trato que el legislador no previó[5].

Otro sentido (que es el objeto de estas páginas) es el que se refiere a la idea de que ante dos casos individuales sustancialmente iguales, el juez debe resolver el segundo caso en el mismo sentido que el primero; en otras palabras, debe seguir «el precedente». Obviamente esta es una idea muy general que debe ser precisada puesto que hay

---

[1] BERLIN, 1983: 178.

[2] GARCÍA MANRIQUE, 2010: 592. ROSS y FRANKENA identifican cinco significados, MORTIMORE siete, y RAE 108: ROSS, 1970: 278-280; MORTIMORE, 1968: 222-224; FRANKENA, 1962: 1-29; RAE, 1981: 133.

[3] LAPORTA, 1985: 14, 16.

[4] GASCÓN, 1993a: 65.

[5] *Ibid.,* 66.

que tener en cuenta (al menos) tres factores: la organización judicial (y la distinción entre precedente horizontal, vertical y autoprecedente), los efectos del precedente en el tiempo (y si se trata de un precedente meramente prospectivo o retroactivo), y el *peso o fuerza* de la igualad en la aplicación frente a otras razones (la igualdad en la aplicación es una razón *fuerte*, pero derrotable. Voy a dejar de lado estas cuestiones, pues, para abordar un tema previo: si la igualdad en la aplicación es un valor positivo. Si esto no fuera así, resulta ocioso plantearse cuestiones como las recién mencionadas.

2. Tanto para parte importante de la dogmática, como para el Tribunal Constitucional (TC), el principio de igualdad en la aplicación de la ley no es un valor positivo, o al menos que se trata de un valor débil.

Si analizamos la interpretación que el TC hace del art. 14 de la Constitución, vemos que mientras que, de un lado, reconoce el derecho a la igualdad en la aplicación, de otro lo condiciona al cumplimiento de requisitos tan estrictos que prácticamente lo vacía de contenido, lo que constituye, en palabras de MERCADER, «un paso más en el ya anunciado *réquiem* por el principio de igualdad en la aplicación de la ley dentro de la doctrina constitucional»[6].

En sede doctrinal, la cuestión no se plantea en términos de igualdad en la aplicación, sino en torno a la obligación de seguir los precedentes judiciales. Desde esta perspectiva, se niega la vinculatoriedad de los mismos (lo que se traduce en la admisión de la desigualdad en la aplicación) con los siguientes argumentos[7]: el conflicto que la obligación de seguir los precedentes plantea con la independencia judicial, el peligro de petrificación del ordenamiento, la inseguridad jurídica que provoca el cambio de precedentes, o el riesgo de culminar en un sistema de *common law* ajeno a la tradición

---

[6] MERCADER, 2001: 635. Entre otras cosas dice MERCADER, 2001: 617-618: «El resultado es que el TC ha introducido una serie de "autoinhibiciones" que han tenido como resultado que su doctrina se haya minimizado tanto que prácticamente ha acabado por identificar la exigencia de motivación del cambio de criterio con la exigencia de motivación sin más», lo que ha hecho, para autores como LAPORTA, 1997, casi *desaparecer la idea de que el Tribunal había inaugurado con la institución del autoprecedente en España*. «Doctrinalmente se ha apuntado, en opinión que suscribimos plenamente, que, el abandono irreflexivo del precedente vulnera el art. 24 y no el art. 112 de la CE. Aunque es cierto que le TC ha declarado que «los supuestos de desigualdad en la aplicación judicial de la ley implican en todo caso y simultáneamente una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que también se lesiona por tratamientos jurídicos arbitrariamente desiguales, una vez declarada la inexistencia de desigualdad en la aplicación de la ley, queda igualmente descartada la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, *el entendimiento material de este principio, tal y como ha sido concebido por el TC, de forma en exceso morigerado*», RUIZ MIGUEL, 1995, *tiene bastante poco que ver con el principio de igualdad.*

[7] Razones todas ellas rebatibles, pero que exceden del objeto de estas páginas.

Para otorgar el amparo por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley el TC exige: *a)* que se trate de casos sustancialmente iguales; *b)* que se aporte el término de comparación (las sentencias); *c)* que no se trate de un precedente aislado, sino que haya una concreta y definida orientación jurisprudencial; *d)* que haya «identidad de órgano» (con identidad de Sala y Sección); *e)* que haya alteridad, es decir, que las sentencias aportadas sean de persona distinta a la recurrente, e) que se trate de decisiones anteriores en el tiempo, y *f)* que el tribunal no haya justificado el cambio de criterio; y no hace falta que el cambio lo exprese como tal pues no toda ausencia de motivación produce desigualdad en la aplicación sino solo aquella que resulte arbitraria. De acuerdo con la última doctrina del TC, «el recurso de amparo por infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley solo sería admisible cuando quien lo plantea "puede ofrecer razones que autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente cobertura formal de una decisión cuyo sentido diverso de otras decisiones anteriores o incluso posteriores se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo". El resultado de esta doctrina [...] es la equiparación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley con el derecho a la tutela judicial efectiva», MERCADER, 2001: 634.

jurídica continental. Desde un punto de vista iusfilosófico, las críticas son de otro tipo y pueden reconducirse a las siguientes: *a)* igualdad equivale a legalidad; *b)* la igualdad en la aplicación es un principio meramente formal; *c)* dicho principio tiene un carácter vacío dada la indeterminación de la expresión «semejanza relevante»; *d)* su irrelevancia, puesto que el juez debe decidir caso por caso, y *e)* la posible injusticia del precedente que no debe reiterarse por la decisión posterior. Antes de exponer y analizar cada una de ellas, comenzaré mostrando que la igualdad en la aplicación de la ley se identifica con la idea de precedente judicial y que este se presenta en dos formas: como *ratio decidendi* de uno o varios casos individuales (modelo de reglas) y como varios casos individuales con una semejanza relevante resueltos de la misma manera (modelo de analogía).

2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO: MODELO DE REGLAS Y MODELO DE ANALOGÍA

La igualdad en la aplicación del derecho se traduce, *grosso modo*, en la obligación de seguir las decisiones anteriores sobre casos esencialmente similares, esto es, los precedentes. Son múltiples las definiciones que se han dado de «precedente judicial». Aquí utilizaré este término en sentido amplio para designar:

> Pr_1: la *ratio decidendi* de *una sentencia*; esto es, la razón (o razones) necesaria y suficiente para decidir un caso, que se formula en términos de una regla general (p. ej., «está prohibido el enriquecimiento sin causa»), y que es aplicable al caso individual sometido a decisión.
>
> Pr_2: la *sentencia relativa a un caso individual pasado,* caso que tiene una *similitud relevante con el caso individual* presente sometido a decisión.

Estos dos significados pueden ser referidos a una multiplicidad de sentencias con lo que nos encontraríamos con los significados Pr_3 y Pr_4.

> Pr_3: la *ratio decidendi* reiterada por una pluralidad de sentencias.
>
> Pr_4: v*arias sentencias que tienen una similitud relevante con el caso individual* presente sometido a decisión.

El principio de igualdad opera de diferente manera en los casos Pr_1 y Pr_3 (modelo de reglas) y en los casos Pr_2 y Pr_4 (modelo de analogía)[8].

2.1. Modelo de reglas

En el modelo de reglas, el principio de igualdad en la aplicación implica que la decisión posterior debe ser decidida aplicando la *regla universal*[9] establecida en la de-

[8] Sigo la terminología de BANKOWSKI, MACCORMICK, MORAWSKI y RUIZ MIGUEL, 1997: 479, si bien estos añaden uno más y distinguen entre: *a) the model of particular analogy; b) el model rule-stating model,* y *c) the principle-exemplifying model.*

[9] Seguiré la terminología de HARE, 1952 (recogida por LAPORTA, 1985: 7) en el sentido de denominar *universal* a aquella norma que se refiere a todos los miembros de una determinada clase, es decir, cuando incluye un cuantificador universal «Para todo X», sea cual sea el número empírico de sus destinatarios. La *generalidad* de la norma consiste en la amplitud numérica de los miembros de la clase de los X. Cuanto más amplia es esa clase más general es la norma, cuanto menos amplia menos general. Una norma puede ser universal y a la vez

cisión (o decisiones) anterior. La principal cuestión es determinar cuál es dicha regla, puesto que no siempre esta viene establecida por la sentencia. Una vez determinada esta, la aplicación del derecho es igual, en cuanto a su estructura, la aplicación de enunciados jurídicos de origen legislativo: se trataría de un problema de subsunción[10].

2.2. Modelo de analogía

En los casos Pr_2 y Pr_4 se trata de comparar el caso individual actual y uno o varios *casos individuales anteriores* y establecer cuáles son las *semejanzas relevantes* entre los casos a efectos de aplicar la misma solución.

Hay autores que rechazan diferenciar estos dos modelos, puesto que —dicen— siempre es posible establecer la regla general que subyace al caso individual, de forma que el modelo de analogía sería reconducible al modelo de reglas[11]. Sin embargo, para otros[12] hay razones de peso para considerarlos separadamente. Creo que el modelo de analogía debe ser analizado separadamente por dos razones principales. Una, porque hay supuestos en las particularidades de los casos son tales, que el fundamento de la sentencia no se puede formular como una regla general (a menos de subvertir el significado de «regla general»). LAMOND[13] pone el siguiente ejemplo. En el derecho inglés para que un imputado sea condenado por tentativa debe realizar un acto que sea «más que meramente preparatorio» para la comisión de un delito. Esto ha sido interpretado en el sentido de que para que el imputado debe haber comenzado a acometer el delito y no solamente haberse puesto en posición de cometerlo. Pero ¿cuánto de cerca debe estar el acusado para que su acto sea más que «meramente preparatorio»? Para responder esto se citan ejemplos como que un acusado armado que va a entrar en una tienda es un acto meramente preparatorio del delito de robo, mientras que un acusado que ha roto la cerradura exterior de una puerta, pero no ha entrado en el sitio se considera que ha ido más allá de un acto meramente preparatorio. Y así se podría repetir infinitos casos individuales. En nuestro derecho, ALONSO OLEA señala la dificultad

---

muy poco general o incluso tener un solo miembro. Dicho de otra manera, una cosa es la formulación lógica de las normas y otra el ámbito personal de validez. Así y en relación con el tema de la igualdad las normas universales pueden resultar desigualitarias porque casi cualquier norma puede ser formulada en términos universales (p. ej., «Los individuos de raza negra carecerán de derechos civiles y políticos»).

Otros autores emplean universal y general en sentidos diferentes al de HARE. Así, VON WRIGHT, 1970: 94, habla de prescripciones *particulares*: las que se dirigen a un individuo humano específico y, *generales* cuando se dirigen a todos los hombres sin restricción o a todos los hombres que respondan a una determinada descripción (p. ej., «los niños menores de doce años no pueden usar el ascensor»).

GUARIGLIA, 1989: 16, se refiere a la misma clasificación, pero distingue entre prescripciones *singulares*: la dirigida a una persona («Juan debe ayudar a su hijo en el desempeño de sus tareas escolares»); *general*es: la que vale para un género de personas («Todos los padres deben contribuir a la educación de sus hijos»), y *universales*: la que vale para todos los seres racionales («Nadie debe interferir en la educación de las capacidades propias de otro individuo»).

[10] AGUILÓ, 2000: 96 y ss.

[11] RAZ (1979), GOLDING (1984), SCHAUER (1987 y 2004), y MACCORMICK (1978).

[12] LEVI (1949), PECZENIK (1996), BURTON (1985), LAMOND (214), POSTEMA (2007) y WEINREB (2005).

[13] LAMOND, 2014: 569 y 571-576, se refiere a las «analogías clasificatorias» (las que se usan en el proceso de calificación de un caso) y señala que en estos casos en modelo de subsunción es insuficiente. La analogía se emplea cuando un caso puede ser subsumible en dos categorías. En estos casos el criterio de la subsunción (el modelo de reglas) es insuficiente y la similitud con casos anteriores (modelo de analogía) puede constituir una razón a favor de una de las calificaciones.

de la individualización de las lesiones para determinar si dan lugar a una incapacidad permanente total, parcial o a una lesión no invalidante. Dice el citado laboralista al hilo del comentario de la STC 232/1991: «Siempre ha creído el intérprete que, pese a la individualización de las lesiones en su referencia al accidentado y a su trabajo, podría existir una línea de interpretación, al menos para las más comunes, *que evitara la individualización absoluta de las decisiones.* Pero la verdad es que este parecer no ha sido seguido por la jurisprudencia, sobre todo por la más reciente, conforme a la cual "es rarísimo, prácticamente imposible, que exista coincidencia [...] de identidad y grado que permita la invocación de precedentes"»[14]. La invocación de precedentes como regla general no impide que se den casos con una semejanza relevante.

La segunda razón es que hay supuesto en los que el tribunal no establece una regla general porque entiende que su finalidad es hacer (su) «justicia» en el caso concreto, o bien porque se trata de una doctrina no consolidada.

3. CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

A pesar de que la igualdad en la aplicación de la ley parece un valor positivo, tiene que hacer frente a importantes críticas que expondré a continuación.

3.1. Igualdad como legalidad

Algunos autores señalan que la «igualdad en la aplicación de la ley» equivale a «aplicación de la ley,» por lo que la primera es redundante. En esta línea, KELSEN emplea el siguiente argumento. Comienza distinguiendo entre igualdad *en la ley* (ley como «norma general») e igualdad *ante la ley* (lo que hemos denominado igualdad en la aplicación), y señala que ambos conceptos no se identifican puesto que puede darse la segunda sin que se cumpla la primera[15]. Y a continuación señala: «Lo que se denomina *igualdad ante la ley* no es otra cosa sino *aplicación de la ley en conformidad consigo misma*, es decir, *aplicación correcta*, cualquiera que sea el contenido de esta ley incluso si la ley prescribe no un trato igual, sino un trato diferente»[16]. En este sentido, la igualdad en la aplicación es consecuencia *lógica necesaria* de la existencia de normas, lo que lo convierte en un principio superfluo: «La igualdad ante la ley —dice— no es, pues, igualdad, sino conformidad con la norma. Consiste en que la norma individual —la decisión del órgano que aplica el derecho— sea conforme a la norma general. Esta conformidad reside en su corrección desde el punto de vista lógico y no tiene nada que ver con la justicia, en particular con la justicia de la igualdad»[17].

---

[14] ALONSO OLEA, 1992: 630-631, y MERCADER, 2001: 629-632. En esta sentencia se plantea el problema de la pérdida de un ojo por un agrario autónomo.

[15] «Puede haber igualdad *ante* la ley, incluso si no la hay en modo alguno *en la* ley [...]. Si la ley concede el derecho de voto solamente a los hombres, y no a las mujeres; si, por tanto, no hay desde este punto de vista igualdad *en la ley*, cabe que, no obstante, el principio de igualdad *ante la ley* pueda ser respetado».

[16] KELSEN, 1966: 29-163 y 90 (cursivas mías).

[17] KELSEN, 1966: 90-91, y RUIZ MIGUEL, 1997: 373-374.

En un sentido muy similar se pronuncia ALEXY, para quien el núcleo de la igualdad en la aplicación del derecho es simple: «Exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho, y a ningún caso que no caiga bajo él»; «refuerza la vinculación a los órganos de aplicación del derecho a las normas dictadas por el legislador, sin establecer exigencias de algún tipo con respecto al contenido de estas normas»; «el legislador puede discriminar como quiera y *en la medida en que sus normas discriminantes son aplicadas en todos los casos se cumple con el mandato de igualad en la aplicación del derecho*»[18].

3.2. Igualdad formal

La regla de justicia *formal* es uno de los argumentos a favor de los precedentes y uno de los requisitos de racionalidad de las decisiones: la exigencia de tratar igual a lo semejante frente a la arbitrariedad de las decisiones[19]. Pero esto mismo se transforma en crítica: el precedente avala una igualdad meramente *formal* porque indica que los casos iguales sean tratados de igual manera[20], pero no contiene ningún *criterio sustantivo* de justicia. Nuestra definición de justicia como igualdad —dice PERELMAN— es formal «porque no determina las categorías que son esenciales para la aplicación de la justicia»[21].

3.3. «Semejanza relevante» y escepticismo

En el modelo de analogía, el elemento clave para la aplicación del precedente es la apreciación de que entre el caso posterior y el anterior haya una «semejanza relevante». Pues bien, la tercera crítica (dirigida solo al modelo de analogía) señala que tratar los casos semejantes de la misma manera es una fórmula vacía dada la indeterminación de la expresión «semejanza relevante». Si a dicho término se le da un sentido estricto cualquier diferencia entre casos los hará distintos, y el precedente dejará de tener alcance práctico. Si se interpreta en sentido amplio, el precedente tendrá una obligatoriedad sustancial, pero tan extensa que deja de tener verdadero significado.

3.4. Particularismo

Otra crítica señala que la semejanza entre casos no la da el hecho de que ambos caigan bajo las condiciones de aplicación de la misma regla general establecida por una decisión anterior, o porque el caso posterior sea similar al anterior, sino porque en virtud de las *particularidades de cada caso individual* ambos merecen una decisión similar. Siendo esto así, el principio de igualdad en la aplicación deviene irrelevante puesto que el juez debe resolver *caso por caso*. Este podrá apoyarse en normas jurídicas (o en el

[18] ALEXY, 2001: 382.
[19] MORAL SORIANO, 2002: 136.
[20] GASCÓN, 2014: 348.
[21] PERELMAN, 1964: 28.

precedente) pero estas serán siempre derrotables y su contenido deberá ser revisado a la luz del caso individual[22].

3.5. Precedente injusto

La última crítica se refiere a la posible injusticia del precedente: si el precedente es injusto, la injusticia será reiterada por la decisión posterior. Uno de los autores que realiza esta crítica es LYONS: ¿por qué debe esperarse —dice— que el uso del precedente respete tanto las malas como las buenas resoluciones?[23].

Para resolver este dilema distingue entre expectativas *ordinarias* (aquellas que tienen las personas de que se les aplicará el caso de la misma manera) y expectativas *legítimas*. Mientras que todo precedente genera una expectativa, no toda expectativa, alentada por una resolución judicial, otorga un derecho; solo deben respetarse las expectativas legítimas. Recurriendo al ejemplo de DWORKIN señala que el nieto que asesinó a su abuelo con la esperanza de heredarlo (de acuerdo con la letra de la legislación pertinente) sufrió sin duda una frustración cuando la Cámara de Apelaciones de Nueva York le negó esos bienes, pero no sería plausible considerar que esa frustración es injusta según la legislación pertinente: «No es posible suponer que la obligación judicial de recurrir a los precedentes se aplique adecuadamente cuando las resoluciones anteriores en sí mismas fueron tomadas injustamente»[24].

Una idea similar (aunque con una terminología y sobre todo una fundamentación diversa) sostiene ALEXY, para quien los precedentes son obligatorios en virtud del principio de universalidad, principio que debe dejarse de lado si choca con la «pretensión de corrección». En este caso podemos apartarnos de los precedentes teniendo la carga de la argumentación[25]. Para ALEXY, tanto al derecho como a las decisiones judiciales les es inmanente una *pretensión de corrección* (término que en ALEXY equivale a *justicia*); y los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos[26].

4. RESPUESTA A LAS CRÍTICAS

4.1. Igualdad en la aplicación y legalidad

Una de las principales razones por las que la igualdad en la aplicación en la ley no equivale a la igualdad en la ley reside en los márgenes de discrecionalidad que tienen

---

[22] REDONDO, 2015: 85.
[23] LYONS, 1998b: 159.
[24] *Ibid.,* 160.
[25] ALEXY, 1989: 263.
[26] «Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria. Solo en un sentido indirecto o metafórico puede un observador llamar "sistema jurídico" a un sistema normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión, pero no la satisfacen, son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante». ALEXY, 1997: 40-41.

los jueces, y la ausencia de razones concluyentes en favor de una única solución. Si la discrecionalidad fuera *prima facie* y solo hubiera una única solución correcta, carecería de sentido plantearse el problema de la igualdad en la aplicación, puesto que la solución en todos los casos debería ser *la única* solución.

La segunda razón es que la igualdad en la aplicación requiere *dos términos*: el precedente y el caso individual objeto de decisión; mientras que basta *una* sentencia para hablar de *aplicación de la ley*. Así, cuando el juez aplica una ley por primera vez no se puede determinar si se cumple el principio de igualdad en la aplicación (puesto que falta el término de comparación), mientras que sí hay aplicación de la ley[27].

En tercer término, tratar de igual manera los casos iguales, «no hace ninguna referencia a las normas, y puede cumplirse con un tratamiento uniforme de los casos aun cuando *no existan normas aplicables*»[28]. Cuando el juez resuelve un caso en el que hay una laguna, no llena la laguna, sino que resuelve el caso individual. La próxima vez que se plantee otro caso individual semejante, el mismo (u otro) juez podrá decidir en el mismo sentido y respetar el principio de igualdad en la aplicación, pero no está aplicando la ley (porque la laguna sigue existiendo en el *ordenamiento*).

La cuarta razón es que la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación llevan a decisiones opuestas en el caso de normas vigentes pero *inaplicadas.* En tales supuestos, la inaplicación de la norma con carácter general trata a todos de la misma manera, pero si la norma se aplica una vez (p. ej., diez años después de ser inaplicada) se estará respetando el principio de legalidad pero no el de igualdad[29].

La quinta razón se refiere a las aplicaciones judiciales *contra legem.* Un juez que reiteradamente dicte sentencias sobre casos similares en contra de la ley respetará el principio de igualdad en la aplicación, pero no estará aplicando la ley. Como señala HERNÁNDEZ MARÍN, la actividad judicial puede ser descompuesta en tres tareas fundamentales: decidir los casos litigiosas, decidirlos conforme a derecho y motivar sus decisiones; «cuestión controvertida que presupone que antes ha quedado establecido qué es derecho»[30].

4.2. Sobre el carácter formal

1. Respecto del carácter formal de la igualdad en la aplicación, es cierto que dicho principio el ajeno al contenido de la decisión anterior. No obstante, hay que señalar lo siguiente.

Que un principio no diga nada (o diga poco) acerca del contenido no significa que no tenga valor. Así, el principio de universalidad (o generalidad) de los juicios éticos según el cual «un juicio ético particular solo es válido si puede ser apoyado por un principio general» se considera un requisito necesario de racionalidad, a pesar de que no sea un requisito suficiente (pues puede haber juicios generales abominables).

---

[27] RUIZ MIGUEL, 1997: 377.
[28] *Ibid.,* 377-378; LYONS, 1998a: 50-53.
[29] RUIZ MIGUEL, 1997: 378.
[30] HERNÁNDEZ MARÍN, 2005: 16.

Y el principio de legalidad, básico en un Estado democrático de derecho, tampoco *determina* el contenido de los enunciados jurídicos particulares que en el futuro pueda publicar el legislador, lo que no significa que no tenga valor (que existan límites constitucionales y legales no significan que determinen el contenido).

De otro lado, el principio de igualdad en la cultura occidental tiene un contenido importante, contenido que se refiere a los s*ujetos* de la igualdad. Se da por sentado que la igualdad es universal (predicable de todas las personas), y que esta idea hunde sus raíces en la antigüedad y se consagra en la Declaración francesa de 1789. La máxima «todos los hombres son (o nacen) iguales —dice BOBBIO— recorre todo el pensamiento político occidental, desde los estoicos al cristianismo primitivo para renacer con un nuevo vigor durante la Reforma, asumir forma filosófica en ROUSSEAU y los socialistas utópicos, y expresarse en forma de verdadera y propia regla jurídica en las declaraciones de derechos humanos desde finales del dieciocho hasta hoy»[31]. Sin embargo, aunque el vocablo haya permanecido inalterable, el significado de la igualdad de Aristóteles, ROUSSEAU, KANT, o de la citada Declaración, nada tiene que ver con la actual. Solo en el siglo XX y en los países de nuestro entorno cultural, los sujetos de la igualdad son todas las personas, sin consideración de sexo, raza, capacidad económica, etc.; lo que RAWLS llama «personas morales» en una sociedad de «ciudadanos libres e iguales»[32].

Por último, el adjetivo *formal* puede ir referido al *enunciado* o al *razonamiento*. Un *enunciado* como «$p \rightarrow q$», o «*A* es *B*» es formal porque las variables, *p* y *q, o A* y *B* pueden tener cualquier contenido (cualquier contenido susceptible de verdad y falsedad en la lógica clásica). Referido al *razonamiento,* formal significa que hace abstracción del contenido de las premisas, y solo se atiende a la correcta aplicación de las reglas de la lógica. Pues bien, el principio de igualdad en la aplicación se compone de dos elementos[33]. Un elemento *material,* que ofrece la condición justificatoria, esto es, el criterio de justicia en favor de un determinado trato para una categoría de sujetos (p. ej., el mérito, la necesidad, o una norma jurídica). En el caso del derecho, dicho criterio viene dado, en un primer momento, por el legislador al establecer cuáles son las diferencias relevantes (entre mayores y menores de edad, entre diferentes tipos de trabajadores, entre ciudadanos y parlamentarios, etc.); y en un segundo momento, por los jueces al decidir los casos de una determinada manera dentro del margen de discrecionalidad. El elemento *formal* supone generalizar las condiciones del elemento material a los casos posteriores.

Pues bien, aquí hay que distinguir entre el modelo de reglas y de modelo de analogía. En el modelo de *reglas*, el criterio del legislador junto con el del juez pasa a formar parte de las premisas del razonamiento, con lo que la cuestión del razonamiento sí puede decirse que es meramente formal. Pero en el modelo de analogía no ocurre lo mismo, pues hay que analizar el contenido del caso (o casos) anteriores y el actual a fin de comparar los casos individuales y establecer si hay una semejanza relevante entre ellos (cuestión que no es formal, sino de contenido)[34].

---

[31] BOBBIO, 1993: 68.

[32] GUARIGLIA, 1994: 183.

[33] CRAIG, 1981: 211-212.

[34] Hemos dicho que el modelo de analogía tiene estrecha conexión con el principio de consistencia en el razonamiento moral. El modo tradicional (kantiano) de formular este principio señala que «en la medida que

4.3. Imprecisión *vs.* escepticismo absoluto

Respecto de la tercera crítica, es cierto, que la existencia de «semejanza relevante» entre dos (o más) casos individuales puede permitir más de una interpretación, pero esto no significa que sea una expresión vacía y carente de significado. Lo mismo podría decirse de la vaguedad de los términos jurídicos, y sin embargo ello no aboca a una absoluta indeterminación. Sostener lo contrario significaría defender un escepticismo semántico absoluto, en contra del cual me he manifestado en otro lugar[35].

Establecer que dos casos individuales son similares implica determinar: *a)* que ambos tienen características comunes, y *b)* que algunas de ellas son relevantes a efectos de que el juez les dé un trato igual. Se trata de un juicio de valor, de una característica *relativa,* pero como señala GOODMAN «la relatividad, aunque etérea, no es un error fatal»[36].

De otro lado, frente a la idea (correcta por otra parte) de que no hay dos casos idénticos, también aquí hay casos «fáciles». Por ejemplo, la STC 55/1988, de 24 de marzo, resolvió un caso relativo al despido de dos hermanos de una misma empresa en la que queda acreditado que los hechos que dieron lugar al despido son los mismos: ambos hermanos, conjuntamente en reuniones mantenidas con el vicepresidente de la empresa, habían realizado afirmaciones ofensivas al empresario que se concretaron en un escrito firmado por los dos hermanos en el despacho del abogado de la empresa. La Magistratura de Trabajo núm. 1 de Murcia dictó sentencia declarando la improcedencia del despido de uno de los hermanos, mientras que la Magistratura de Trabajo núm. 3 declaró la procedencia del despido del otro. Recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional este señaló: «No cabe duda de que hay una igualdad fáctica entre ambos casos, igualdad que casi se traduce en una identidad, ya que los hechos que dieron lugar al despido fueron protagonizados por el recurrente y su hermano, concretándose incluso en un único acto, cual es una carta firmada por los dos, donde dejan constancia de los hechos imputados al director gerente de la empresa»[37].

---

los principios de una persona son inconsistentes, no cuenta con ningún principio; en otras palabras, las convicciones éticas inconsistentes no pueden ser aceptadas (al menos no todas ellas). Efectivamente se trata de un principio formal puesto que (y aquí radica una de las críticas a este principio) nada dice acerca del contenido de los principios, lo que lleva a una persona un conjunto de principios consistentes pero aberrantes. Sin embargo, SINGER, apartándose parcialmente de dicho enfoque, señala que la universalidad no es independiente del contenido del juicio porque sobre la base de esta universalidad implícita de los juicios morales se pueden justificar otros juicios morales apelando a casos análogos, es decir, a casos que presenten importantes rasgos en común tales que el observador pueda considerarlos equivalentes en todos sus aspectos relevantes. SINGER, 1971: 38-39.

[35] ITURRALDE, 2014: 122-133.

[36] GOODMAN, 1972: 444.

[37] MERCADER, 2001: 617-619. RUIZ MIGUEL, 1996: 70, cita otro ejemplo: las Sentencias del Tribunal Supremo (una de 19 de enero, otra de 16 de febrero de 1987) versan sobre el mismo caso: el embargo de un piso que una mujer compartía con su marido en régimen de conyugal de conquistas del derecho foral navarro que según las sentencias recurridas excluye la responsabilidad por deudas del patrimonio común si no hay consentimiento expreso de ambos cónyuges respecto del acto que origina la deuda y que el Tribunal Supremo analizó a través de dos procesos diferentes (uno de tercería de dominio y otro en un proceso declarativo); sentencias que dieron lugar a soluciones contrarias.

Cfr. también la STC 49/1985, en la que se comparan tres casos sustancialmente iguales.

4.4. Universalismo *vs.* particularismo

La cuarta crítica se basa en una *concepción particularista*[38] del razonamiento jurídico, según la cual es el contexto de la decisión el que determina si una propiedad es relevante y si cuenta como una razón, en qué sentido y qué peso tiene. Por este motivo las razones para la acción existen y se pueden identificar solo con relación a cada situación particular[39]. Como señala REDONDO, «el decisor debe verse a sí mismo no como aplicador de criterios establecidos en otra sede, u otro tiempo, sino como autoridad competente en establecer en cada caso cuáles son las razones para decidir de un modo u otro»[40].

Para esta concepción ninguna propiedad tiene una relevancia práctica invariable, puesto que lo que cuenta en una situación como relevante puede cambiar su valor o relevancia práctica en razón del contexto. La consecuencia de esto es que no pueden establecerse principios generales válidos porque es imposible determinar cuál es la relevancia, invariable y aislada, que tienen las propiedades «*x*» para todo caso posible. Lo que en un caso anterior tuvo una determinada relevancia puede perder esa propiedad dependiendo del resto de propiedades junto a los cuales se encuentra en el caso presente; esto es, serían siempre derrotables[41].

Se trata de lo que SCHAUER denomina *modelo particularista* de toma de decisiones[42]. En él, las reglas tienen un carácter meramente indicativo, carentes de peso propio, que no pueden interferir con la consideración plena de todas las características relevantes del suceso que requiere una decisión. La toma de decisión se centra en la decisión del caso particular. Las reglas constituyen una guía que puede ser derrotada por la justificación subyacente a aquellas. Una variante de este modelo es el *modelo particularista sensible a las reglas*. Aquí las reglas son consideradas como reglas de experiencia en el sentido de ser transparentes respecto de sus justificaciones sustantivas, pero su misma existencia *como* reglas de experiencia constituye un factor relevante para determinar si han de dejarse de lado cuando sus resultados difieren de los indicados por la aplicación directa de sus justificaciones sustantivas (al igual que el modelo particularista). Por tanto, en caso de conflicto entre razones sustantivas y razones subyacentes es el decisor el que debe justificar por qué las justificaciones sustantivas derrotan a las justificaciones generadas por la propia regla.

---

[38] Sobre el particularismo en el derecho y las diversas maneras de entenderlo, cfr. REDONDO (2015), CELANO (2015), MORESO (2015), BOUVIER (2012) y BURTON (1994).

[39] REDONDO, 2015: 65.

[40] *Ibid.,* 85.

[41] Así, frente a los siguientes principios generales (PG), los defensores del particularismo ponen los siguientes contraejemplos (CEP):

PG: pedir prestado un libro es una razón para devolverlo.

CEP: salvo que sea robado.

PPG: mentir está mal.

CEP: salvo en la diplomacia, en ciertos juegos y cuando se podría evitar otro mal.

PG: que algo genere placer es una razón para llevar a cabo la acción correspondiente.

CEP: salvo en el caso del placer sádico (p. ej., el que experimenta un torturador).

BOUVIER, 2012: 59.

[42] SCHAUER, 2004: 137-138, 144-145 y 157.

Frente a este modelo, está el *modelo basado en reglas,* en el que algunas características del hecho son ignoradas por la generalización que constituye el predicado fáctico de toda regla. La característica necesaria de las reglas es que estas tengan autonomía semántica, pero además es necesario que se excluya la «maleabilidad constante» de las reglas en función de cada caso concreto. Esto no significa que las reglas nunca sean derrotables; pero una cosa es que sean derrotables en algún caso y otra que *a priori* se las considere siempre derrotables. Una variante de este modelo es el *modelo del positivismo presuntivo*, según el cual las reglas no pueden ser reconsideradas cada vez que se aplican, pero es posible apartarse de ellas cuando la aplicación de la regla produciría «un error de una magnitud particularmente grave».

Pues bien, las deficiencias de un modelo particularista radican en la imposibilidad de establecer, que es lo «correcto» *caso por caso* en ausencia de reglas, y en consecuencia la *arbitrariedad* de la decisión. Como señala BAYÓN[43], «el mayor obstáculo que cualquier forma de particularismo tiene que vencer es poner en claro en qué consiste esa misteriosa capacidad del "discernimiento", una vez que se ha rechazado la idea esencial de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada (es decir, que es una operación gobernada por normas). Porque no parece que el auténtico particularismo disponga de una respuesta convincente a la pregunta de cómo es que una "decisión acerca del caso concreto" puede verdaderamente no ser arbitraria».

4.5. Justicia y función judicial

En relación con la crítica de que la aplicación del precedente solo establece una justicia *formal* (puesto que este puede ser injusto y el principio de igualdad en la aplicación llevaría a reiterar dicha injusticia), la primera cuestión es clarificar el significado de *formal*, aplicado a la justicia.

En el discurso jurídico «formal», se suele contraponer a material cuando se refiere a las dos perspectivas desde las que puede analizarse la corrección del razonamiento judicial: formal (o interna), cuando tiene por objeto la relación lógica entre premisas conclusión, y material (o externa), si el examen va referido a la verdad o corrección de las premisas. En el ámbito de la validez, se distingue entre requisitos formales o de procedimiento y materiales. Cuando el adjetivo formal se aplica al término «justicia» y se contrapone justicia formal a justicia material, la primera significa *legalidad*, mientras que la segunda equivale a «justicia» (cualquier cosa que esto signifique).

Dicho esto, la primera cuestión es: ¿qué significa que una ley o una decisión sea «justa»?, ¿hay una única concepción verdadera de justicia? Un análisis de esta cuestión requeriría abordar las diferentes cuestiones metaéticas: la semántica (¿se puede hablar de los juicios morales en términos de verdad o falsedad?), la ontológica (¿existen los hechos morales?) y la cuestión de la objetividad (¿pueden justificarse objetivamente los juicios morales?)[44].

---

[43] BAYÓN, 2001: 57.
[44] Cfr. MORESO, 2003: 20.

Dejando de lado las dos primeras, y ciñéndonos al tema que nos ocupa, considero que no hay manera de justificar objetiva e intersubjetivamente no solo los juicios morales, sino cualquier elección entre alternativas que se dan en la aplicación del derecho y que implique la realización de valoraciones. No digo que todas las razones valgan lo mismo, sino que no puede demostrarse que haya una única solución correcta[45].

Segunda consideración: ¿En qué se diferencia la aplicación de una ley de la aplicación del precedente en relación a «la justicia»? ¿Acaso la aplicación de las leyes lleva consigo la justicia de las decisiones? En este sentido suscribo las palabras de SCHAUER cuando dice que si la justicia formal se define simplemente como la adecuada implementación de reglas preexistentes, entonces su importancia parece derivarse de la *importancia de las reglas en sí,* y si la doctrina del precedente tiene algún significado (en nuestro caso el art. 14 de la CE), parece necesario implicar que las reglas tienen que ser seguidas, *porque son reglas y no porque son reglas correctas*[46].

El tercer comentario es relativo a la concepción acerca de la función de los jueces en un Estado democrático de Derecho: aplicar el derecho (con la discrecionalidad que ello conlleva) o impartir «justicia». Aquellos que niegan la obligatoriedad de la igualdad en la aplicación de la ley optan por la segunda de las alternativas; lo que socava uno de los fundamentos del Estado del derecho como es el sometimiento a la ley de los poderes públicos[47].

Dicho lo anterior, considero importante subrayar un límite[48] importante a la igualdad en la aplicación de la ley no es la justicia, sino la *legalidad* de la decisión anterior; de forma que la igualdad en la aplicación *deja de ser una razón* ante un precedente *contra legem*[49]. En este sentido pueden distinguirse los siguientes supuestos:

a) Que se trate de una cuestión respecto de la que hay *una única solución correcta*[50] y el precedente haya decidido de acuerdo con esa solución. Podría decirse que en aplicación del principio de igualdad debe seguirse el precedente; pero en realidad, la

---

[45] BRANDT, 2001: 26-27.

[46] WASSERSTROM, 1961: 52 cit. por RUIZ MIGUEL, 1997: 368.

[47] Como señala TARUFFO, 2001: 16, la justicia del caso singular se ha convertido en los últimos años en el *leitmotif* más difundido en el ámbito de las diferentes orientaciones posmodernas de la teoría del derecho. Lo que se defiende es que las decisiones judiciales no deberían estar inspiradas en la aplicación igual de las normas por parte de los jueces, sino que deben prevalecer las consideraciones de factores como la raza, la etnia, el sexo, la religión, las condiciones económicas y sociales, especialmente de aquellos sujetos que resultan discriminados por un sistema concebido, según diferentes puntos de vista, como racista, machista, clasista, etc., de los sujetos (y quizá exclusiva), cfr. MINDA (1995).

QUINE también hace hincapié en que el riesgo de que la decisión discrecional se traduzca en una decisión arbitraria no es solo una eventualidad teórica, sino una posibilidad presente en la práctica judicial. TARUFFO, 2001, 15.

[48] Los otros límites vienen dados por el tipo de precedente (vertical, horizontal y autoprecedente) que va más allá del objeto de estas páginas.

[49] Cfr. RUIZ MIGUEL, 1997: 383; GASCÓN, 2012: 49.

[50] No voy a tratar esta cuestión aquí, pero creo importante señalar que esto nada tiene que ver con una concepción formalista de la interpretación, y que la «corrección» de la decisión solo puede establecerse *a posteriori*, relativa a un momento determinado y considerados todos los aspectos relevantes, tanto normativos como fácticos.

Se podría ampliar los supuestos, si tenemos en cuenta, por ejemplo, que puede haber precedentes en conflicto, etcétera.

igualdad en la aplicación no es una razón necesaria, puesto que es suficiente con la aplicación de la ley.

b) Que la cuestión admita *una única solución correcta* y el precedente se haya pronunciado al margen de esa solución (esto es, contra la ley). Por razones de legalidad el precedente debe ser ignorado, pues las razones dadas a favor la de la decisión no serían *buenas razones* (o simplemente no serían razones).

c) Que la cuestión admita *diversas soluciones igualmente correctas* y el precedente se haya pronunciado en favor de una de ellas. Es en este caso cuando la igualdad en la aplicación de la ley obliga a seguir el precedente.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, J., 2000: *Teoría de las fuentes del derecho,* Barcelona: Ariel.

ALEXY, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 1997: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa.

— 2001: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALONSO OLEA, M. (1992): «La igualdad en la aplicación de la ley en la calificación y graduación de las incapacidades permanentes. A propósito de la incapacidad permanente parcial de un trabajador autónomo agrario», en M. ALONSO OLEA (dir.), *Jurisprudencia sobre trabajo y seguridad social,* t. IX, Madrid: Civitas, IX, 629-632.

ATIENZA, M., 1986: *La analogía en el derecho*, Madrid: Civitas.

BANKOWSKI, Z.; MACCORMICK, N.; MORAWSKI, L., y RUIZ MIGUEL, A., 1997: «Rationales for Precedents», en N. MACCORMICK y R. D. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot: Ashagate-Darmouth, 481-501.

BAYÓN, J. C., 1996: «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa*, 19, 146-162.

— 2001: «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», *Doxa,* 24, 35-62.

BERLIN, I., 1983: *Conceptos y categorías*, México: Fondo de Cultura Económica.

BOBBIO, N., 1987: *Teoría General del Derecho*, Bogotá: Temis.

— 1993: *Igualdad y libertad*, Barcelona: Paidós.

BOUVIER, H. G., 2012: *Particularismo y derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

BRANDT, R. B., 1982: *Teoría ética*, Madrid: Alianza.

— 2001: «Ethical Relativism», en P. L. MOSER y T. L. CARSON (eds.), *Moral Relativism,* New York-Oxford: Oxford University Press, 25-31.

BURTON, S. J., 1985*: An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Boston-Toronto: Little, Brown and Company.

— 1994: «Particularism, Discretion and the Rule of Law», en I. SHAPIRO (ed.), *The Rule of Law. Nomos XXXVI*, New York-London: New York University Press, 178-201.

CABAÑAS, J. C., 2010: *El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson.

CELANO, N., 2015: «*Rule of Law* y particularismo ético», en P. LUQUE (ed.), *Particularismo*, Madrid: Marcial Pons, 151-186.

CHIASSONI, P., 1999 y 2004: «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto», *Analisi e diritto*, 75-101.

FRANKENA, W. K., 1962: «The concept of social justice», en R. B. BRANDT (ed.), *Social Justice,* Prentice-Hall: Englewoods Cliffs, 1-29.

García Amado, J. A. 1987: «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 4, 111-132.

— 2015: «Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, 6-40.

García Manrique, R., 2003: «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», *Doxa,* 26, 447-515.

— 2010: «La semántica confusa de la igualdad», *Doxa*, 33, 591-624.

Gascón, M., 1993a: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid: Tecnos.

— 1993b: «Igualdad y respeto al precedente», *Derechos y libertades*, 211-228.

— 2012: «Rationallity and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent», *Archiv für Recht und-Sozialphilosophie*, Behieft, 133, 35-49.

— 2014: «Precedente y argumentación», en M. Gascón (coord.), *Agumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 343-369.

Gavara de Cara, J. C., 2005: *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Gianformaggio, L., 1993a: «Egualianza e diferenza: son overamente incompatibili?», en G. Bonacchi y A. Groppi (a cura di), *Il dilema della citttadinanza. Diritti e doveri delle donne,* Roma-Bari: Laterza, 214-240.

— 1993b: «Identity, Equality and, Similarity and the Law», *Recshteorie*, Behieft, 15, 121-134.

— 1995: *Filosofia e critica del diritto,* Torino: Giappichelli.

Golding, M. P., 1984: *Legal Reasoning*, New York: A. A. Knopf.

Goodman, N., 1972: «Seven Strictures on Similarity», en N. Goodman (ed.), *Problems and Projects*, Indianápolis-New York, Bobbs-Merrill, 437-446.

Guariglia, O., 1989: «El principio de universalización y la razón práctica (2.ª Parte)», *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, XXI, 61, 3-39.

— 1994: «Universalismo y particularismo en la ética contemporánea», *Revista de Filosofía,* VII (11), 177-198.

Harman, G., 1975: «Moral Relativism Defended», *Philosophical Review*, 85, 3-22.

— 1986: «Moral relativism», en G. Harman y J. J. Thomson, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Oxford: Basil Blackwell, 1-64.

Hare, R. M., 1952: *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press.

— 1954-1955: «Universalizability», *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. LV, 295-312.

— 1989: *Essays in Ethical Theory*, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A., 1998: *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Press (2.ª ed. con Postscript).

Hernández Marín, R., 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid: Marcial Pons.

Iturralde, V., 1995: *El precedente en el* common law*,* Madrid: Civitas.

— 2013: «Razonamiento judicial a partir de precedentes», en R. Ortega García (coord.), *Teoría del derecho y argumentación judicial*, México D. F.: Tirant lo Blanch, 345-361.

— 2014: *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Kelsen, H., 1966: «Justicia y Derecho Natural», en H. Kelsen *et al., Crítica al Derecho Natural,* Madrid: Taurus, 29-163.

Lamond, G., 2014: «Analogical Reasoning in the Common Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, 3, 567-588.

Laporta, F. J., 1985: «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema,* 67, 3-31.

— 1997: «Vinculación del precedente judicial en España», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 267-278.

LEVI, E. H., 1949: *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago: University of Chicago Press.

LUQUE, P. (ed.), 2015: *Particularismo*, Madrid: Marcial Pons.

LYONS, D., 1984: «Formal Justice, Moral Commitment and Judicial Precedent», *The Journal of Philosophy*, 81, 580-587.

— 1998a: «Sobre la justicia formal», en D. LYONS *Aspectos morales de la teoría jurídica*, Barcelona: Gedisa, 32-66.

— 1998b: «La justicia formal y el precedente judicial», en D. LYONS *Aspectos morales de la teoría jurídica,* Barcelona: Gedisa, 142-161.

MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.

— 2009: *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press.

MACCORMICK, N., y SUMMERS, R., 1997: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield: Ashgate-Dartmouth.

MERCADER, J., 2001: «El imposible derecho a la igualdad de la ley en la doctrina constitucional», *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid: Lex Nova, 587-636.

MINDA, G., 1995: *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End,* New York-London: NYU Press.

MORAL SORIANO, L., 2002: *El precedente judicial*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

MORESO, J. J., 2013: «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis Filosófico*, 23, 2, 117-150.

— 2015: «Virtudes, particularismo y aplicación del derecho», en P. LUQUE (ed.), *Particularismo*, Madrid: Marcial Pons, 187-200.

MORTIMORE, G. W., 1968: «An idea of equality», *Mind*, vol. 77, núm. 306, 222-224.

PECZENIK, A., 1996: «Sui prececedenti vinculanti *de facto*», *Ragion pratica,* 6, 35-46.

PERELMAN, Ch., 1964: *De la justicia*, México: UNAM.

PÉREZ-LUÑO, A-E., 2005: *Dimensiones de la igualdad,* Madrid: Dykinson.

POSTEMA, G. J., 2007: «A Similibus as Similia. Analogical Thinking in Law», en D. E. EDLIN (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge University Pres, 102-133.

RAE, D., 1981: *Equalities*, Harvard: Harvard University Press.

RAZ, J., 1979: *La autoridad del derecho*, México: UNAM.

REDONDO, C., 2015: «Dos modelos de norma y razonamiento práctico», en P. LUQUE (ed.), *Particularismo*, Madrid: Marcial Pons, 59-88.

ROSS, A., 1970: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba.

RUIZ MIGUEL, A., 1995: «Las huellas de la igualdad en la Constitución», en M. REYES MATE (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Madrid: Argentaria-Visor, 109-129.

— 1996: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa*, 19, 39-86.

— 1997: «Equality Before the Law and Precedent», *Ratio Iuris*, vol. 10, 4, 372-391.

— 2002: «Conceptos y concepciones de la igualdad», en V. ZAPATERO (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, vol. I, Madrid: Universidad de Alcalá, 671-700.

SALGUERO, M., 2002: *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

SCHAUER, F., 1987: «Precedent», *Stanford Law Review*, 571-601.

— 2004: *Las reglas del juego*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

SINGER, M. G., 1971: *Generalization in Ethics*, New York: Rusell & Russell.

— 1985: «Universalizability and the Generalization Principle», en POTTER y M. TIMMONS (eds.), *Morality and Universality*, Dordrecht: D. Reidel, 47-73.

TARUFFO, M., 2001: «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 11-31.

VALDÉS, L. M., 1989: «Lógica elemental», en M. GARRIDO (ed.), *Lógica y lenguaje,* Madrid: Tecnos, 13-115.

VILLA, V., 2010: «Relativism: A Conceptual Analysis», *Eidos*, 13, 166-191.

WALDROM, J. J., 2011: «Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach», *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers,* Paper 314, 1-34.

WASSERSTROM, R. A., 1961: *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Stanford University Press.

WEINREB, L. L., 2005: *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press.

WESTEN, P., 1982: «The empty idea of equality», *Harvard Law Review*, 95, 3, 537-596.

— 1990: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equal» in Moral and Legal Discourse,* Princeton: Princeton University Press.

WRIGHT, G. H. VON, 1976: *Norma y acción*, Madrid: Tecnos.

DERECHO Y JURISDICCIÓN. UNA RESPUESTA POLÍTICA AL PROBLEMA DEL PARTICULARISMO JURÍDICO *

Pedro A. Caminos **

Universidad de Buenos Aires
pedrocaminos@gmail.com

RESUMEN. En los últimos años se desarrolló un interesante debate entre José Juan Moreso (2009a, 2009b) y Bruno Celano (2009a, 2009b) respecto de la posibilidad de evitar el particularismo jurídico. Mientras que el profesor español defendió una concepción de la ponderación entre principios que conduciría a la identificación de normas inderrotables, su colega italiano procuró demostrar que dicha concepción no era capaz de evitar futuras revisiones de las normas identificadas. En este trabajo, dicha discusión será adoptada como punto de partida para ilustrar un modo en el que las consecuencias del particularismo podrían ser atenuadas. Para ello, se argumentará que el debate jurídico debe prestar atención al diseño de la jurisdicción.

Palabras clave: ponderación, derrotabilidad, particularismo, jurisdicción.

Law and Jurisdiction. A Political Answer to the Challenge of Legal Particularism

ABSTRACT. José Juan Moreso (2009a, 2009b) and Bruno Celano (2009a, 2009b) have recently defended two opposing views about the possibility of avoiding legal particularism. While the spanish professor stood for a conception about balancing that would lead to the identification of indefeasible norms, his italian peer tried to show how that conception was not able to fulfill its promise. This paper will discuss a way for mitigating the consequences of particularism. It will be argued that legal debates should focus on the design of the rules of adjudication.

Keywords: balancing, defeasibility, particularism, rules of adjudication.

---

* Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 2 de junio de 2019.

** Agradezco la lectura y los comentarios que formularon a una versión previa de este trabajo Alejandro Calzetta y tres evaluadores anónimos. Por supuesto, todos los errores que puedan encontrarse aquí me son imputables en su totalidad.

Usualmente, se asume que los jueces *aplican* normas generales para resolver casos concretos. En tal sentido, se afirma que la aplicación del derecho consiste en una forma de razonamiento que se denomina *subsunción*: el aplicador debe mostrar que un caso individual es una instancia de un caso genérico que es correlacionado por una norma con cierta consecuencia normativa.

Un razonamiento subsuntivo presenta las siguientes características. En primer lugar, se trata de una forma deóntica de *modus ponens*, de modo tal que, si se da el supuesto de hecho de la norma, entonces se concluye en que debe darse la consecuencia prevista en la misma norma. En segundo lugar, la subsunción admite el refuerzo del antecedente: siempre que se dé el supuesto de hecho previsto por la norma, no importa que cualesquiera otras circunstancias ocurran también, se concluirá en que debe darse la consecuencia normativa. Con esta descripción, es natural pensar que la subsunción es el principal vehículo para la aplicación del derecho.

Sin embargo, en los últimos años se ha insistido en que la aplicación del derecho también puede ser realizada mediante otra clase de razonamiento, denominada *ponderación*. La ponderación presupone un conflicto entre dos principios constitucionales que, frente a un caso individual, indican dos soluciones incompatibles. En una situación tal, se requiere establecer una *jerarquía axiológica* entre los principios. El juicio de ponderación consiste en elegir al principio de mayor valor en las circunstancias del caso. Una vez realizada la elección, el juez deberá aplicar la consecuencia normativa indicada por dicho principio.

La ponderación presenta características distintas a las de la subsunción. En primer lugar, el conflicto entre principios se resuelve frente a cada caso individual. Por tanto, la consecuente jerarquía puede tener un contenido distinto según las circunstancias propias de cada situación concreta. Un principio puede tener precedencia frente a otro en un caso en el que se instancien ciertas propiedades, pero el segundo principio puede prevalecer frente al primero si cambian las propiedades que se hacen presentes en otro caso. En consecuencia, las jerarquías de principios que surgen de la ponderación son *móviles*.

De ahí que, en segundo lugar, se sostenga que la ponderación *puede* dar lugar a un modo *particularista*, caso a caso, de toma de decisiones. El particularismo, si no es completamente inconsistente con la forma tradicional de entender la aplicación del derecho, sí configura un problema que debe superar. En efecto, si las acciones deben evaluarse según las características de cada caso en particular, entonces aumentan significativamente los costos de decisión y, sobre todo, aparece un obstáculo a la posibilidad de entender la aplicación del derecho como actividad exclusiva de subsumir casos concretos en normas *generales*.

Como explicaremos, el modo de enfrentar los inconvenientes que se siguen de la ponderación es recurrir al concepto de autoridad. De ese modo, la estabilidad de las reglas, antes que el resultado de la racionalidad de la ponderación, será la consecuencia de la fuerza institucional que tienen los mandatos dotados de autoridad. Ejemplificaremos cómo ello es posible recurriendo al concepto de precedente judicial. Pero nuestra intención, en verdad, es mostrar de qué modo la problemática del debate entre reglas

y principios, o sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, termina remitiendo al problema de cómo concebir la actividad jurisdiccional. De ese modo, esperamos ejemplificar que un debate genuinamente jurídico debe concentrarse en las funciones institucionales que pretendemos asignarles a los tribunales.

1. EL DEBATE MORESO-CELANO

No todas las concepciones sobre la ponderación consideran que el particularismo sea su resultado inevitable. Hace algunos años, José Juan MORESO (2009a) caracterizó a la ponderación como un paso previo a la subsunción. Para MORESO, la aplicación del derecho *es* subsuntiva. De ese modo, si solo hubiera ponderación, o si ella fuese una candidata seria para sustituir a la subsunción, no sería posible aplicar el derecho, y la propia empresa de contar con un sistema jurídico carecería de sentido. Por ello, MORESO sugirió la posibilidad de entender a la ponderación como una actividad controlable racionalmente y capaz de identificar reglas *estables* para la resolución de casos particulares. La noción de regla estable se refiere a normas que puedan ser aplicadas mediante un razonamiento subsuntivo, es decir, a través del *modus ponens* y admitiendo el refuerzo del antecedente.

La propuesta de MORESO fue lúcidamente criticada por Bruno CELANO (2009a). De acuerdo con esa objeción, las reglas que constituyen el resultado de la ponderación no podrían ser estables pues, frente a la ocurrencia de nuevos casos individuales, ellas podrían ser objeto de nuevas revisiones. En caso de variaciones en las circunstancias y en las propiedades instanciadas en los nuevos casos, podrían ser dejadas sin efecto y reemplazadas por las reglas identificadas en las ponderaciones más recientes. Por tanto, la concepción de la ponderación sugerida por MORESO no podría evitar el particularismo.

Posteriormente, MORESO (2009b) procuró dar una respuesta a la objeción de CELANO. Aunque reconoció que no estaba seguro de poder contestar adecuadamente a la crítica del profesor italiano, MORESO sostuvo que la réplica le daba la oportunidad de clarificar algunos elementos de su propuesta original. También le reclamó a CELANO una propuesta constructiva, y no meramente crítica, respecto de la problemática en discusión[1].

El debate entre MORESO y CELANO ilumina lo que, probablemente, sea uno de los principales problemas teóricos en la filosofía del derecho contemporánea que, a su vez, es una reacción a fenómenos recurrentes en la práctica jurídica, al menos en los países occidentales. El problema profundo es el de establecer la posibilidad de la aplicación del derecho tal como habitualmente se la concibe. El problema más superficial, aunque no por ello menos importante, es cómo los jueces deben resolver casos.

De un modo lineal, si los razonamientos subsuntivos siempre presuponen ponderación, y si la ponderación no puede dar lugar a la identificación de reglas estables,

[1] «[M]e gustaría saber si CELANO tiene, además de las críticas destructivas a mi enfoque antiparticularista, algunas ideas constructivas a favor del particularismo» (MORESO, 2009b: 286).

entonces el derecho no puede proveer normas generales que establezcan, de manera anticipada, la solución de futuros casos individuales. A partir de ello, en última instancia, se podría elaborar una prescripción dirigida a los jueces, según la que deberían siempre resolver casos de modo particularista, sin preocuparse por esconder sus argumentos en el discurso de la racionalidad subsuntiva.

El intercambio entre MORESO y CELANO ilustra cómo se plantean estos problemas y cómo, hasta cierto punto, la crítica fundamental del profesor italiano a su colega español no puede ser superada *como problema teórico*. Sin embargo, procuraremos dar una respuesta a la problemática del particularismo como *problema práctico*. Para ello, seguiremos la senda indicada por el propio CELANO, que tal vez pueda configurar un modo de satisfacer el reclamo de MORESO respecto de la ausencia de una propuesta constructiva de su parte.

El debate parece arrojar el siguiente saldo. El derecho constitucional contemporáneo de muchos países occidentales incorpora a los principios en los razonamientos que utilizan los jueces para resolver casos. En general, se afirma que los principios no se aplican mediante subsunción, sino a través de otro procedimiento, denominado ponderación. La ponderación entra en escena cada vez que, frente a un caso particular, se plantean conflictos entre principios. Ella permitiría establecer relaciones de preferencia entre ellos, las cuales tendrían un carácter condicionado, pues variarían de caso en caso. Un problema que podría plantearse a partir de ello es que el derecho no podría ser entendido, en lo sucesivo, como un conjunto de normas generales que regulan *de antemano* la conducta de las personas pues los deberes de las personas solo podrían determinarse frente a cada caso concreto. Se denomina *particularismo* a dicha concepción sobre la toma de decisiones.

MORESO sostiene que es posible elaborar una concepción de la ponderación que no conduzca inevitablemente al particularismo. Por ello, argumenta que la ponderación no es otra cosa que la explicitación de las condiciones en las cuales un principio tiene más peso sobre otro. Luego de la revisión de cuáles son esas condiciones, sería posible elaborar una regla que, a su vez, no pueda ser objeto de una nueva revisión. Dicha regla ya sí podría ser aplicada de modo subsuntivo.

Por su parte, CELANO afirma que MORESO no demostró que las reglas que surgen de la ponderación no puedan, a su vez, ser objeto de nuevas revisiones. Por tanto, no sería posible garantizar la estabilidad de las revisiones y, en consecuencia, no habría posibilidad de evitar el particularismo. Concretamente, CELANO indicó que la plausibilidad de la propuesta de MORESO requería de la posibilidad de construir una tesis última de relevancia; es decir, determinar todas las propiedades que un juez debe considerar relevantes a la luz de todos los principios constitucionales.

Frente a tal objeción, MORESO respondió que una forma plausible de esquivar el problema sería la de acotar la lista de principios en juego, de modo tal de, en lugar de plantear la necesidad de construir una tesis última de relevancia para todo el ordenamiento jurídico, fuera posible sugerir diversas tesis últimas de relevancia para microsistemas normativos, basados en los principios incluidos en dicha lista.

2. LO QUE ESTÁ EN JUEGO

MORESO y CELANO están de acuerdo en que el razonamiento jurídico tiene dos niveles o etapas. En primer lugar, se identifican ciertos deberes *prima facie* a los que están sujetos los destinatarios de un ordenamiento jurídico. Luego, se determinan las relaciones de preferencia entre dichos deberes. La diferencia entre ambos autores radica en el modo de caracterizar a la segunda etapa. Para MORESO, *idealmente*, es posible que los deberes que resultan del segundo nivel del razonamiento jurídico sean inderrotables. Una vez que identifiquemos la tesis de relevancia última podremos estar seguros de que los deberes que hayamos derivado a partir de ella no serán objeto de nuevas revisiones. Para CELANO, en cambio, el segundo nivel no es conceptualmente distinto del primero. Los deberes que de allí resulten siempre serán *prima facie* pues podrán ser objeto de futuras revisiones en todos los casos. De ahí que, en definitiva, para MORESO, sea *posible* evitar el particularismo, mientras que, para CELANO, el particularismo sea un rasgo *necesario* del razonamiento jurídico.

Una forma posible de presentar el debate entre MORESO y CELANO es el de entenderlo como una discusión sobre cierta *propiedad* de las normas jurídicas. CELANO vendría a sostener que, conceptualmente, las normas jurídicas son derrotables, mientras que MORESO afirmaría que ello no es el caso, que es conceptualmente posible que existan normas jurídicas inderrotables. Ahora bien, esta presentación no sería del todo justa con la concepción de MORESO pues, al sostener que su propuesta es una idealización, queda claro que su punto no es únicamente conceptual, sino también *valorativo*[2]. MORESO piensa que la inderrotabilidad es un rasgo posible de las normas jurídicas y que, además, los ordenamientos jurídicos *deben* incluir normas inderrotables. Por su parte, CELANO no se limitó a sostener que las normas jurídicas carezcan de dicha propiedad, sino que, adicionalmente, expuso que había razones morales que permitirían fundar el carácter imperioso de considerar derrotables a las normas jurídicas (aunque no se comprometió abiertamente con dicha tesis normativa). De ese modo, una segunda presentación de la discusión ya no sería conceptual, sino *normativa*. No se trata de si las normas jurídicas, como cuestión de hecho, poseen o no cierta propiedad. Se trata, en cambio, de si las normas jurídicas *deben ser inderrotables o no*.

MORESO sostiene que su concepción se vuelve plausible si se imponen restricciones a la primera etapa del razonamiento jurídico, lo que se hace limitando la cantidad de deberes *prima facie* que pueden resultar de ella, y si, a su vez, se restringe la segunda, para lo cual se recurre a casos paradigmáticos, con respecto a los que cualquier nueva jerarquización entre principios debe dar cuenta. Con ambas restricciones, sería posible elaborar una tesis de relevancia última para cada microsistema normativo.

La pregunta es: ¿en qué podrían consistir tales restricciones? MORESO elabora su propuesta a partir de la noción de *trasfondo inarticulado* que toma de BAYÓN (2002: 79-81; *vid.*, también, LITTLE, 2000: 283 y 301). Según este autor, la manera adecuada de concebir la tesis de las fuentes sociales, con la que habitualmente se asocia al positi-

[2] Sobre la dimensión normativa de la concepción de MORESO como un presupuesto de la idealización que propone, *vid.* BOUVIER (2012: 330).

vismo jurídico, es la de sostener que el derecho tiene un carácter convencional. BAYÓN afirma que el convencionalismo puede ser entendido de un modo superficial, según el cual una convención se agota en el *acuerdo* de los participantes en la práctica convencional. Sin embargo, por razones que ahora no es posible enumerar, BAYÓN considera que dicha versión del convencionalismo es defectuosa y, por ello, sugiere adoptar una concepción sofisticada del mismo. Según tal concepción, el contenido de una convención no es reducible al acuerdo entre los participantes. Ello se debe a que un agente *usa* (o se vale de) una convención cuando reconoce las circunstancias en las cuales es apropiado hacerlo, aun cuando, por caso, el mismo agente fuera incapaz de enumerar de antemano todas las circunstancias en que la convención resultaría apropiada e, incluso, si no pudiera ponerse de acuerdo con otros agentes con respecto a cuál sería dicha enumeración[3].

Por tanto, es dicho trasfondo inarticulado el que, según MORESO, provee el contenido de los deberes *prima facie* y la solución para los casos paradigmáticos. La posibilidad de elaborar una tesis de relevancia última asume que se identificará una lista limitada de deberes *prima facie*. Del mismo modo, la estabilidad de las revisiones requiere que las relaciones condicionales de preferencia entre los principios sean consistentes con la solución de los casos paradigmáticos. Esto presupone la existencia de, al menos, dos convenciones: una que excluya a todo otro deber *prima facie*, y otra que obligue a mantener la coherencia con los casos paradigmáticos. La existencia de ambas convenciones es la que proporcionaría las condiciones de posibilidad para la estabilidad de las revisiones.

Entendido de este modo, el debate entre CELANO y MORESO podría reconstruirse ya no como un debate sobre una propiedad de las normas jurídicas, sino, en cambio, sobre la *existencia* de cierta convención, que permita la clausura de los microsistemas normativos, y, en su caso, sobre la *deseabilidad* de dicha convención. Ahora, necesitaríamos entender un poco mejor cuál podría ser el contenido de dicha convención con el fin de poder determinar cuándo ella existe o por qué sería deseable contar con ella.

3. LA CLAUSURA DE RELEVANCIA COMO UNA PRESCRIPCIÓN DIRIGIDA A LOS JUECES

La discusión entre MORESO y CELANO está estrechamente conectada con el extenso debate sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas desarrollado entre BAYÓN, por un lado, y RODRÍGUEZ y SUCAR, por el otro. Los cinco autores utilizan el marco conceptual elaborado por Carlos ALCHOURRÓN sobre condicionales derrotables, así como también se preocupan por las implicaciones que tiene la noción de derrotabilidad de las normas para el razonamiento jurídico. Aquí no reconstruiremos dicho debate en su totalidad, no solo por su extensión y complejidad, sino también porque

[3] Hay un cierto parecido entre la concepción más sofisticada de convención que sugiere BAYÓN y la noción de «convención profunda» elaborada por MARMOR (2009: 58-78). Para una excelente presentación de la noción de convención profunda y de las similitudes y diferencias entre las concepciones de MARMOR y de BAYÓN, *vid.* ARENA (2014: 139-157). Sobre la posibilidad, más general, de existencia y seguimiento de reglas, que da sustento a este modo de entender las convenciones, *vid.* PETTIT (1990: 9-16).

muchos temas abordados en él son ajenos a lo que pretendemos discutir. Sin embargo, sí nos interesa señalar el modo en que, en el marco de dicho debate, se caracterizó a la noción de «regla de clausura respecto de la relevancia», que fue adoptada por MORESO y CELANO en el transcurso de su propia discusión.

Un punto de partida interesante para avanzar con esa propuesta está en el capítulo séptimo de *El concepto de Derecho* de Herbert HART (2012: 124-154). Como se recordará, HART procuró allí refutar a dos concepciones extremas sobre el derecho. Por un lado, a la que denominó «formalismo», y que caracterizó como la idea de que todo caso está regulado por una norma jurídica. Y, por otro lado, a la postura a la que llamó «escepticismo frente a las reglas», a la que le adjudicó la posición opuesta a la anterior, es decir, que ningún caso está regulado por normas jurídicas. El objetivo de HART sería el de demostrar que la concepción más plausible es, en verdad, una tesis intermedia: el derecho sería *parcialmente* indeterminado, de modo tal que algunos casos estarían jurídicamente regulados, pero otros no lo estarían.

Para cumplir con su objetivo, HART (2012: 125) sugiere que cuando se utilizan normas generales, el lenguaje provee criterios que permiten a una persona reconocer instancias de dichos términos generales, de modo tal que puedan subsumir hechos particulares en casos genéricos y extraer conclusiones a través de un simple silogismo. Por cierto, HART concede que no todos los casos particulares resultan fácilmente clasificables en conceptos generales. Puede ocurrir que algunos casos particulares sean *claramente* una instancia del caso genérico previsto por una norma, pero también puede ocurrir que, en función de la vaguedad de los conceptos generales, esté indeterminado si un caso particular puede ser clasificado como un ejemplo del caso genérico (HART, 2012: 126).

De ese modo, el significado de las normas generales tendría un núcleo de casos claros de aplicación, y existiría también una zona de penumbra en la que estaría indeterminado si los casos ubicados en ella pertenecen a la extensión de dicho significado. El uso de normas generales, afirma HART (2012: 126), sería inútil si no existieran «casos familiares y generalmente no desafiados» que sean instancias de aquellas. Ahora bien, con respecto a los casos que no están en el núcleo del significado, HART concede que ya no es posible la subsunción y la derivación silogística para determinar qué hacer. Cuando nos enfrentamos con esa clase de casos, dice HART, debemos realizar una *elección* con respecto a si ellos pertenecen o no a la extensión de la norma. Tal elección puede no ser arbitraria o irracional, en la medida en que es posible argumentar si un caso particular de esa clase se asemeja *suficientemente en los aspectos relevantes* al núcleo del significado. Ello requeriría, según HART (2012: 127), considerar diversos *factores* incluidos en el sistema jurídico y el *propósito* que pueda adscribirse a la norma.

HART denomina *textura abierta* a esa característica de las normas generales expresadas en lenguajes ordinarios. Sin embargo, el autor considera que existen dos características adicionales de la condición humana en el mundo que hacen que debamos desconfiar del ideal de contar normas generales que sean lo suficientemente detalladas como para evitar completamente que, en el momento de su aplicación, desaparezca toda posibilidad de elección entre alternativas abiertas. Tales características son, por un lado, la relativa ignorancia sobre los hechos y, por el otro, la relativa indeterminación respecto de los fines. Si el mundo en el que vivimos tuviera un *conjunto finito de*

propiedades y ellas nos resultaran conocidas, entonces podríamos prever anticipadamente todas las posibilidades, es decir, las instancias en que se presentan las propiedades junto con todas sus combinaciones. De ese modo, podríamos elaborar reglas que, al momento de ser aplicadas, no requerirían de una elección ulterior (HART, 2012: 128).

Por supuesto, HART tiene claro que ello no ocurre en nuestro mundo pues nadie posee el conocimiento sobre todas las posibles combinaciones de propiedades que puedan darse en el futuro. La incapacidad para predecir el futuro es la que genera la indeterminación con respecto a los fines. Según HART, cuando se formula una norma general, el lenguaje utilizado «fija ciertas condiciones necesarias» que deben instanciarse para que un caso particular esté regulado por ella, de modo tal que ciertos ejemplos claros pueden estar en nuestra mente como pertenecientes a la extensión de la regla cuando la formulamos. Estos casos claros, que HART califica también como paradigmáticos, son los que permiten adscribirle cierta finalidad o propósito a la norma: es a su luz que la norma fue formulada. Sin embargo, mientras no evaluemos dicho propósito teniendo en cuenta los casos que no imaginamos inicialmente, entonces tal finalidad estará indeterminada. La indeterminación radica en que, al tratarse de casos que no anticipamos, tampoco pudimos prever cómo responder al desafío que dichos casos presentan. Por tanto, cuando nos enfrentamos a un caso de esa clase, puede ocurrir que se nos presenten consideraciones opuestas al propósito que inicialmente le habíamos asignado a la norma general, de modo que deberemos efectuar una elección entre los intereses en juego. Dicha elección le dará mayor determinación al propósito inicial y también fijará el significado de un término general con respecto al propósito de la norma (HART, 2012: 128-129)[4].

El punto que es interesante, a los efectos de la discusión entre MORESO y CELANO, se refiere a que, según HART, distintos sistemas jurídicos, o un mismo sistema jurídico a lo largo del tiempo, puede ignorar o reconocer, en forma más o menos explícita, esa necesidad de realizar una elección ulterior en el momento de aplicación de una norma. En este contexto, HART afirma que el formalismo jurídico consiste en adoptar «una actitud hacia las reglas formuladas verbalmente que trata tanto de disimular como de minimizar la necesidad de dicha elección, una vez que la regla general fue enunciada» (HART, 2012: 129). En otro trabajo, HART (1983: 270) sostuvo que dicha actitud les da a las normas jurídicas un «rigor artificial» que eliminaría, en la mayor medida posible, la necesidad de realizar cualquier otra actividad en el momento de su aplicación que no sea un razonamiento deductivo.

[4] Es interesante que, en este breve pasaje, HART describe exactamente lo que ocurre con el fenómeno de la ponderación. Una regla correlaciona un caso genérico con una solución. Supongamos que el caso genérico se compone de una propiedad P1. Asumamos que se plantea un caso particular, que es una instancia de P1, pero con respecto al cual resulta aplicable un principio que indica la relevancia de una propiedad P2. En otros términos, el caso individual es una instancia del caso genérico P1 y P2. Asumamos que la regla original está justificada por un principio distinto del que indicó la relevancia de la segunda propiedad. Pues bien, si el segundo principio indica una solución normativa diferente a la de la regla, entonces, de acuerdo con la explicación habitual, será necesario ponderar los principios en juego para determinar cuál tiene más peso y, así, determinar si se aplicará finalmente la solución normativa prevista en la regla. El ejemplo que utiliza HART (una regla que prohíbe los vehículos en las plazas, y se plantea el caso de si un niño en bicicleta puede entrar en la plaza) es indicativo de que el fenómeno de la ponderación está muy lejos de limitarse únicamente a los derechos constitucionales y plantea un problema de una escala mucho más amplia para el derecho en general.

En cualquier caso, la actitud señalada por HART implicaría «congelar» el significado de una norma, de modo tal que sus términos generales tengan el mismo significado en cada caso en el que sea relevante. Para ello,

> [P]odríamos aferrarnos a ciertas propiedades presentes en el caso paradigmático e insistir en que ellas son necesarias y suficientes para que todo aquello que las instancie quede comprendido dentro del alcance de la norma, cualesquiera sean las otras propiedades que puedan estar presentes o ausentes, y cualesquiera sean las consecuencias sociales de aplicar la norma de ese modo (HART, 2012: 129).

En síntesis, para HART, las condiciones de aplicación de una norma están abiertas o, lo que es lo mismo, toda norma está sujeta a excepciones implícitas[5]. Sin embargo, los participantes de sistema jurídico pueden adoptar cierta actitud hacia las normas que consiste, precisamente, en considerar que sus condiciones de aplicación están cerradas. Dicha actitud es relevante, obviamente, en el contexto de la aplicación de las normas. De ella depende que, por ejemplo, un juez se limite a subsumir un caso particular en el caso genérico que la norma correlaciona con una solución o que, en cambio, evalúe si en el caso particular están presentes otras propiedades, no previstas por la norma, con el fin de establecer si el caso configura una excepción a ella. Por supuesto, la adopción de tal actitud resulta contingente: no es un rasgo necesario de los sistemas jurídicos[6].

A partir de esta manera de entender la cuestión, RODRÍGUEZ y SUCAR (2003: 135-142) propusieron el siguiente análisis. En primer lugar, quien interpreta una ley deberá, como parte de ese proceso, identificar a ciertas propiedades como expresamente consideradas relevantes por la propia ley. En segundo lugar, aparecerá el problema de cómo tratar a otras propiedades concebibles: ¿debe el intérprete asignarles relevancia o no? Para dilucidar esta cuestión, RODRÍGUEZ y SUCAR proponen distinguir tres sentidos de irrelevancia normativa[7]. En primer lugar, una propiedad puede ser irrelevante en el sentido de que, según la interpretación que se da a la ley, el legislador tuvo en cuenta cierta propiedad y decidió considerarla irrelevante, en el sentido de que correlacionó con una misma solución normativa tanto al caso genérico en el que la propiedad está presente como a su complementario. Lo autores denominan «irrelevancia descriptiva en sentido positivo» a esta primera noción de irrelevancia. Luego,

---

[5] Uno de los evaluadores anónimos sostuvo que el argumento particularista, según el cual siempre son posibles las revisiones, fracasaría conceptualmente pues, si la cantidad de principios fuera finita, entonces sería posible, conceptualmente posible, determinar todas las soluciones de antemano. La objeción es poderosa porque, en ocasiones, se asocia al particularismo con la idea de que los principios son infinitos, y yo también lo consideré así en el pasado. Sin embargo, las ideas de HART sugieren que el particularismo es compatible con la tesis del carácter finito de los principios pues lo que provocaría las revisiones constantes no sería la existencia de infinitos principios, sino la relativa incertidumbre respecto de las *propiedades* presentes en el mundo. Si dicha incertidumbre es únicamente epistémica o también es ontológica (*i. e.,* si la cantidad de propiedades es finita y estable, pese a que no las conozcamos todas, o si, en cambio, pueden emerger nuevas propiedades en el mundo, o desaparecer las existentes) es algo sobre lo que no puedo pronunciarme. Si fuera ontológica, entonces no hay escape conceptual al particularismo. Si fuera únicamente epistémica, entonces debo admitir que existiría la posibilidad conceptual de eludir el particularismo. Pero, al mismo tiempo, creo que los costos de concretar dicha posibilidad serían tan elevados que, aún así, seguiría valiendo la pena explorar una propuesta política como la que se formula en este trabajo.

[6] Para conclusiones similares a las de HART, *vid.* SCHAUER (1991: 126-128) y SUNSTEIN (1995: 984-991).

[7] Para ello, se valen del marco teórico elaborado en ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971: 101-106); RODRÍGUEZ (2000: 156-160).

puede ocurrir que una propiedad sea irrelevante, en el sentido de que, sencillamente, según la interpretación que se da a la ley, el legislador no la tuvo en cuenta. Ello configura la «irrelevancia descriptiva en sentido negativo». Finalmente, podría postularse que cierta propiedad *debe ser considerada irrelevante*, que es lo que los autores llaman «irrelevancia prescriptiva».

El problema planteado por HART podría ser entendido de la siguiente manera: dada la «relativa ignorancia sobre los hechos», el legislador no podría anticipar todas las propiedades que resultarían relevantes en el futuro. Ello no es otra cosa que la irrelevancia descriptiva en sentido negativo. HART sostendría que, al momento de aplicar una norma, dichas propiedades no tenidas en cuenta por el legislador podrían volverse relevantes. Por tanto, la actitud que, según HART, dotaría de un «rigor artificial», es decir, la que llevaría a congelar las propiedades consideradas relevantes por el legislador, podría ser entendida como la irrelevancia prescriptiva, es decir, «una directiva dirigida a los jueces en el sentido de que no deben introducir como relevantes otras propiedades que no sean aquellas que han sido expresamente tomadas como tales por el legislador» (RODRÍGUEZ y SUCAR, 2003: 140). Los autores denominan *regla de clausura respecto de la relevancia* a tal directiva, cuya existencia tendría un carácter contingente.

Por su parte, BAYÓN comparte el punto de partida del análisis de RODRÍGUEZ y SUCAR. Su discrepancia radica en que, para estos, el sistema jurídico correlaciona siempre casos genéricos con soluciones normativas de modo inderrotable, mientras que, para BAYÓN, la inderrotabilidad requiere de la existencia de la regla de clausura respecto de la relevancia. RODRÍGUEZ y SUCAR sostienen que, desde el punto de vista de la *identificación del derecho*, en la medida en que es posible distinguir a las propiedades relevantes de las irrelevantes (en sentido descriptivo negativo), entonces no es posible sostener que el derecho quede indeterminado. Y, por ello, afirman que las normas identificadas correlacionan de modo inderrotable casos con soluciones. Admiten, sin embargo, que, en el contexto de aplicación del derecho, las cosas son de otro modo. Para BAYÓN (2003: 189), en cambio, los profesores argentinos oscurecen la distinción que tiene lugar a partir de que el sistema incorpore una regla de clausura respecto de la relevancia. Ello configuraría una incorrecta identificación del derecho.

La síntesis del debate entre BAYÓN, RODRÍGUEZ y SUCAR parece respaldar, parcialmente, las conclusiones de MORESO. En virtud de una regla de clausura respecto de la relevancia, es plausible pensar que podemos congelar, con el rigor artificial del que hablaba HART, ciertas propiedades relevantes. Sin embargo, este debate hace explícito un elemento que no fue aludido por MORESO, ya sea de modo involuntario o porque, tal vez, esté en desacuerdo con él: el papel de la *autoridad* en el derecho. En efecto, la regla de clausura respecto de la relevancia indicaría que *alguien* determinó la (ir)relevancia de ciertas propiedades, del mismo modo en que *alguien* resolvió los casos paradigmáticos[8]. Es en este contexto en el que aparece el elemento *constructivo* por parte de CELANO, que MORESO le había reclamado originalmente.

[8] Ello puede ocurrir de dos modos. O bien porque, de acuerdo con las convenciones de uso del lenguaje, los hablantes imaginan ciertos ejemplos como casos paradigmáticos de un término general, en cuyo caso el «alguien» relevante puede ser presentado como cualquier hablante competente del lenguaje en cuestión, o bien porque, de hecho, ciertos casos fueron resueltos de modo paradigmático en el pasado, con lo cual el «alguien»

4. LA AUTORIDAD COMO CONSECUENCIA DEL PLURALISMO Y EL PARTICULARISMO

En otro trabajo, denominado «Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de Derecho», CELANO (2009b) sugiere la que, en cierto sentido, podría ser entendida como la respuesta constructiva que le exigió MORESO. Sintéticamente, CELANO reconoce que el derecho constitucional contemporáneo, al menos en los países occidentales, incorpora una *dimensión ética sustantiva*, que se verifica en que las constituciones respectivas incluyen derechos, principios y valores éticos, así como intereses de diferentes clases. Según CELANO, es posible dar cuenta de ese fenómeno de distintos modos, de los cuales destaca particularmente dos. En primer lugar, alude a las concepciones *irenistas*, las cuales afirmarían que sería posible reconstruir de un modo estable y armonioso las relaciones entre los distintos elementos que integran el contenido ético sustantivo del estado constitucional. Evidentemente, la propuesta de MORESO es, en este sentido, irenista. En efecto, para CELANO, el irenismo se caracteriza, entre otras cosas, por sostener que los potenciales conflictos entre principios y valores no son otra cosa que conflictos *prima facie*, que pueden ser resueltos racionalmente a través de la ponderación.

El otro tipo de concepciones al que se refiere CELANO, y al cual adhiere, es el *pluralismo*. Esta manera de entender el contenido ético sustantivo del estado constitucional sostiene que los conflictos entre principios no son meramente aparentes, sino *genuinos*. No hay un modo racional de resolverlos, en el sentido de que la elección entre ellos siempre implica una decisión trágica entre valores inconmensurables; es decir, que para satisfacer a uno es necesario sacrificar al otro. La razón por la cual CELANO prefiere al particularismo sobre el irenismo para caracterizar al estado constitucional es que, a su juicio, el contenido ético sustantivo es el resultado de un proceso histórico en el que confluyeron distintas tendencias y, por ello, sería sorprendente que den como resultado una perfecta compatibilidad entre los derechos, es decir, un sistema de derechos carente de conflictos. Por tanto, la aplicación de los elementos de la dimensión ética sustantiva del estado constitucional a casos «requerirá balanceos, *trade-offs*, compromisos (de alguna manera será necesario conmensurar lo inconmensurable, determinar lo indeterminado)» (CELANO, 2009b: 287)[9].

De acuerdo con CELANO, la opción por el pluralismo tiene una implicación directa en el debate entre particularismo y universalismo pues existe una conexión entre el pluralismo y el razonamiento jurídico particularista. Ello ocurre porque toda decisión que resuelva un conflicto entre derechos siempre quedará abierta a una nueva revisión en la medida en que no existe una tesis de relevancia última. Ahora bien, CELANO se

---

relevante es quien tomó la decisión. Sobre la dependencia de la noción de caso paradigmático respecto de las convenciones o de las decisiones pasadas, *vid.* BOUVIER (2012: 331).

[9] Un evaluador anónimo sugirió que, en verdad, la respuesta exigida por MORESO tendría carácter conceptual. De manera que el argumento elaborado por CELANO (2009b) no podría ser caracterizado como tal respuesta. Sin embargo, el profesor italiano presenta sus ideas en ese artículo del siguiente modo: dado que el irenismo no es consistente con el modo en que, en los hechos, se desarrollaron los estados constitucionales contemporáneos, solo el particularismo provee un modelo adecuado para caracterizarlos. No se trata, entonces, de un argumento puramente normativo, y tiene un carácter conceptual, al menos parcialmente, desde que, para CELANO, es «necesario conmensurar lo inconmensurable». Esta «necesidad», según creo, indica el carácter conceptual del argumento.

apresura a admitir que el particularismo *no es un obstáculo para encontrar soluciones a los problemas prácticos*. Concretamente, CELANO (2009b: 288-289) sostiene que el particularismo:

> [E]s compatible, en primer lugar, con la idea de que existen casos paradigmáticos (los cuales, sin embargo, pueden ser en ocasiones cuestionados). Y, en segundo lugar, es compatible con la posibilidad y la sensatez de la investigación ética sustantiva —en particular, con una concepción holista y coherentista de la argumentación ética sustantiva—. Una concepción ética particularista de la ponderación, en definitiva, no excluye la posibilidad, y la legitimidad, de generalizaciones: proyecciones o extrapolaciones, de casos pasados (o presentes) a casos futuros (o posibles). Pero no hay garantía que nuestras generalizaciones vayan a dar en la diana —que no se revelen, de pronto, necesitadas de revisión—.

CELANO plantea que esta reconstrucción, pluralista y particularista, de la dimensión ética sustantiva del estado constitucional de derecho entra en tensión con la aspiración fundamental del estado de derecho, es decir, sujetar al gobierno, y en particular al legislador, a una ley superior: la constitución. En efecto, si dicha dimensión se compone de valores diversos y conflictivos, cuyas colisiones no están sujetas a una elección racional, ¿cómo podrá el gobierno y, en particular, el legislador, saber qué es lo que la constitución exige? ¿Quién decidirá si el legislador cumplió o no con las directivas constitucionales? En este contexto, CELANO (2009b: 292-293) sostiene que es necesario recurrir a *poderes de determinación* para establecer cuál es el conjunto de principios, valores y derechos fundamentales. Ello se debe a que ninguna norma, ni siquiera la constitución, se aplica a sí misma[10].

Los poderes de determinación indicarán quién tendrá competencia, en cada ocasión, para resolver los conflictos entre los valores relevantes. Para CELANO (2009b: 293), esto se debe a que el derecho tiende a transformar «todo problema sustantivo en una cuestión de procedimiento», de modo tal que, desde el punto de vista jurídico, lo más relevante no es quién tiene razón en un conflicto, sino quién debe resolverlo, y según cuál procedimiento. Este rasgo del derecho es el que habrían destacado tanto KELSEN (1967: 193-278), al insistir en su carácter *nomodinámico*, es decir, que el derecho regula su propia producción, como HART (2012: 79-99), cuando afirmó que el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias. En síntesis, por la circunstancia de que las normas no se aplican a sí mismas, ni siquiera cuando ellas son «ciertas, unívocas, precisas y coherentes para la resolución de un caso», el punto de vista jurídico exige establecer quién tiene competencia para aplicarlas, y bajo qué procedimiento debe hacerlo, de modo tal que el problema de la autoridad resulta ineludible (CELANO, 2009b: 293).

5. LA CLAUSURA DE RELEVANCIA COMO PARTE DE LA NORMA DE COMPETENCIA DEL CONTROL JUDICIAL

En este punto, tenemos finalmente los elementos necesarios para explicar cómo es posible atenuar, en el sentido que determinaremos a continuación, el desafío que pre-

[10] CELANO cita dos fuentes para sustentar esta idea. Primero, para el problema teórico general de que una norma no se aplica a sí misma, cita a NOZICK (1981: 143-146). Y, específicamente para las normas jurídicas, cita a SCHMITT (2004: 51). *Vid.*, también, SCHMITT (1985: 28).

senta el particularismo. Para ello, imaginemos un sistema institucional que cuenta con los siguientes componentes. En primer lugar, una constitución que, por un lado, crea una legislatura a la que le confiere poderes para dictar normas generales. La constitución regula el procedimiento que la legislatura deberá seguir con tal fin. En segundo lugar, la constitución incluye una declaración de derechos a la cual la legislatura debe ajustarse. Asumamos que los derechos incorporados en la constitución fueron concebidos en distintas épocas y bajo influjos ideológicos distintos, de modo tal que, a primera vista al menos, no hay ideología que pueda justificarlos a todos al mismo tiempo y que, además, no es posible cumplirlos a todos simultáneamente, en el sentido de que satisfacer a algunos implica sacrificar a otros. En tercer lugar, la constitución también crea tribunales que, en primer lugar, deben aplicar las normas generales creadas por la legislatura para resolver conflictos en casos concretos. Sin embargo, la constitución expresamente les prohíbe a dichos tribunales determinar si la legislatura cumplió o no con la declaración de derechos.

Una vez identificada una ley, el tribunal procederá a establecer cuáles son las propiedades relevantes para aquella. En este punto, podría estar tentado de evaluar si la ley tuvo en cuenta también las propiedades que resulten relevantes de acuerdo con la declaración de derechos incluida en la constitución. Dado que esta posibilidad está prohibida para los tribunales, entonces tal prohibición configura una regla de clausura respecto de la relevancia: los tribunales deben considerar relevantes únicamente a las propiedades enumeradas en las leyes de la legislatura, con exclusión de cualquier otra propiedad, incluyendo a las que resulten de los principios constitucionales.

El ejemplo ilustra cómo es que la regla de clausura forma parte de la norma que regula la competencia de los tribunales. Advirtamos que es precisamente por la operatividad de la norma que les prohíbe a los tribunales controlar si la legislatura cumplió con la declaración de derechos que las leyes adquieren el «rigor artificial» del que hablaba HART y, así, se conjura la posibilidad del particularismo, al menos con base constitucional.

Modifiquemos el ejemplo, e imaginemos ahora que la constitución establece un sistema de tribunales ordenados jerárquicamente. Denomina «corte suprema» al tribunal que puede revisar, en última instancia, las decisiones de los tribunales inferiores. Asumamos también que les atribuye a todos los tribunales, no solo a la corte suprema, el poder para determinar si una ley del congreso se ajustó a la declaración de derechos, pero aclara que los precedentes de la corte suprema son obligatorios para los demás tribunales.

Como se recordará, según MORESO, la posibilidad de evitar el particularismo requería, precisamente, de limitar la cantidad de principios (y también, agregamos ahora, su extensión) y establecer de antemano ciertos casos paradigmáticos como ejemplos claros de relaciones de preferencia entre principios. Ello requiere, a su vez, de reglas de clausura de relevancia. En el ejemplo que estamos considerando ya no ocurre, como en el anterior, que la clausura de relevancia se refería a las propiedades enumeradas en las leyes, excluyendo a las que resulten de los principios constitucionales. En efecto, ahora los tribunales tienen el poder de controlar la adecuación de las leyes a la declaración de derechos, motivo por el cual pueden incorporar los principios constitucionales en su razonamiento. Sin ninguna regulación adicional, esta situación abriría las puertas al particularismo.

Sin embargo, la constitución estipuló que los precedentes de la corte suprema son obligatorios para los tribunales inferiores. Por tanto, tales precedentes configurarán las reglas de clausura de relevancia, para cada clase de problemas prácticos, así como también los casos paradigmáticos para establecer relaciones de preferencia entre principios. En síntesis, los tribunales inferiores no podrán decidir libremente cuáles son los principios constitucionales, o cuál es su alcance, ni tampoco cuál es la solución para los casos paradigmáticos. La obligatoriedad de los precedentes permite, entonces, «congelar» las propiedades relevantes y alcanzar el «rigor artificial» del que hablaba HART. De ese modo, será posible la reconstrucción de microsistemas normativos para cada clase de problemas prácticos y, al mismo tiempo, estabilizar sus soluciones.

Por tanto, la *estabilidad* de las revisiones viene dada, en este ejemplo hipotético, por la norma que establece la obligatoriedad de los precedentes. De ese modo, es posible limitar los alcances del particularismo. Pero, y esto debe quedar claro, ello no equivale a *evitar* el particularismo. Es que, en efecto, para que ello ocurra, deberíamos aceptar que los precedentes de la corte suprema son también obligatorios para ella misma. Dejando de lado la cuestión con respecto a si es conveniente o no que ello sea así, la asignación de poderes de determinación requiere que exista una institución que tenga la última palabra para ejercerlos (CELANO, 2009b: 297-298; *vid.*, también, SCHMITT, 1985: 5, 6-7, 13, 24-25, 28 y 30-35). Adicionalmente, y esto es un dato no menor, las primeras decisiones que adopte la corte suprema sobre cada clase de problemas prácticos no podrán estar guiadas, por obvias razones, por precedentes. De modo que tales decisiones serán circulares: la norma utilizada para resolver el caso paradigmático será inferida a partir de las propias propiedades presentes en el caso paradigmático (BOUVIER, 2012: 331).

La corte suprema de nuestro ejemplo puede revisar las sentencias de los demás tribunales, pero sus propias sentencias no pueden ser, a su vez, controladas por otro tribunal. Por tanto, aún en la hipótesis de que admitiéramos que la corte debe seguir sus propios precedentes, ella misma tendrá la última palabra para determinar si un precedente era o no aplicable al caso actual. De modo tal que siempre será posible que la corte, de hecho, someta a revisión sus decisiones anteriores[11]. En la medida en que ello no ocurra de manera muy frecuente y que los cambios tengan lugar de un modo relativamente explícito y razonado, el particularismo, a nivel de la corte suprema, podría domesticarse hasta llevar una convivencia bastante aceptable, en los hechos, con el universalismo.

[11] *Vid.* BOUVIER (2012: 331-332) para un argumento similar. Uno de los evaluadores anónimos sostuvo que, dado que existe esa posibilidad, entonces no se da una respuesta al particularismo. Pero creo que, aquí, hay un malentendido conceptual. Como sostuve en la nota 5, o bien el particularismo es *conceptualmente* ineludible o bien los costos para implementar una solución universalista serían tan elevados, que igualmente deberíamos enfrentarnos con el fenómeno de las revisiones siempre posibles. Por ello, una respuesta a tal fenómeno debe ser política. La cuestión es: de qué modo los seres humanos gestionaremos la posibilidad siempre presente de que las cosas sean de un modo distinto a como son. Del hecho de que siempre sea fácticamente posible que una corte suprema deje sin efecto sus precedentes, no se sigue que un sistema o cultura jurídicos carezcan de estabilidad. Pero deberá quedar claro que dicha estabilidad depende, también fácticamente, de la decisión política de una autoridad, la corte suprema, de mantenerla. Una vez que ubicamos la respuesta en la dimensión institucional, podremos pasar a discutir el diseño institucional, con el objetivo de asegurar, en la mayor medida posible, la estabilidad, siempre que la juzguemos deseable, por supuesto.

Por tanto, el modo en que se configure la norma de competencia de los tribunales proporciona una posible vía para matizar el impacto del particularismo en los sistemas jurídicos contemporáneos. Alternativamente, una cultura jurídica podría desarrollar una convención respecto de la competencia de los jueces que cumpla, en los hechos, con la misma función que la regulación de las atribuciones de los tribunales por medio de una norma como la indicada. Tal vez esta segunda vía tenga más posibilidades de éxito que la primera. O, incluso, podría ser una condición de posibilidad para la propia adopción de aquella.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. E., 2010: *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, en J. J. MORESO y J. L. RODRÍGUEZ (eds.), Madrid: Marcial Pons.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, Viena: Springer.

ARENA, F. J., 2014: *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Madrid: Marcial Pons.

BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO (eds.), *La relevancia en el Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 79-81.

— 2003: «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», en P. GAIDO, R. SÁNCHEZ BRÍGIDO y H. OMAR SELEME (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 157-208.

BOUVIER, H. G., 2012: *Particularismo y Derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid: Marcial Pons.

CELANO, B., 2009a: «"*Defeasibility*" y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables», *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*. Trad. de A. Greppi y F. J. Laporta, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 235-253.

— 2009b: «Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de Derecho», *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*. Trad. de A. Greppi y F. J. Laporta, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 281-298.

DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

HART, H. L. A., 1983: «Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.

— 2012: *The Concept of Law*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

KELSEN, H., 1967: *Pure Theory of Law*. Trad. de M. Knight, Berkeley: University of California Press.

LITTLE, M. O., 2000: «Moral Generalities Revisited», en B. HOOKER y M. O. LITTLE (eds.), *Moral Particularism*, Oxford: Clarendon Press: 276-311.

MARMOR, A., 2009: *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton: Princeton University Press.

MORESO, J. J., 2009a: «Conflictos entre principios constitucionales», *La Constitución: modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 267-284.

— 2009b: «Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos», *La Constitución: modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 285-291.

NAVARRO, P., y RODRÍGUEZ, J., 2000: «Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas», *Isonomía,* 13: 61-85.

NOZICK, R., 1981: *Philosophical Explanations*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press.

PETTIT, P., 1990: «The Reality of Rule-Following», *Mind*, 99 (393): 1-21.

RODRÍGUEZ, J. L., 2000: «Axiological Gaps and Normative Relevance», *ARSP*, 86 (2): 151-167.

— 2006: «La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos. Estudio en Homenaje a Carlos Eduardo Alchourrón», *Análisis Filosófico*, 26 (2): 242-276.

RODRÍGUEZ, J. L., y SUCAR, G., 2003: «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho», en P. GAIDO, R. SÁNCHEZ BRÍGIDO y H. OMAR SELEME (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 103-155.

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

SCHMITT, C., 1985: *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Trad. de George Schwab, Chicago: University of Chicago Press.

— 2004: *On the Three Tyes of Juristic Thought*. Trad. de Joseph W. Bendersky, Westport: Praeger.

SUNSTEIN, C. R., 1995: «Problems with Rules», *California Law Review*, 83 (4): 953-1026.

APLICACIÓN DEL DERECHO CAMBIANTE *

Juan José Iniesta Delgado
Universidad de Murcia
jiniesta@um.es

RESUMEN. Los cambios en el Derecho generan el dilema sobre cuál es el Derecho aplicable a las situaciones de transición. Este dilema suele explicarse como un conflicto normativo entre el Derecho nuevo y el Derecho antiguo. Las disposiciones transitorias y ciertos principios como el de irretroactividad funcionarían como criterios de resolución de conflictos para identificar la norma aplicable a estas situaciones.

Esta explicación está basada en gran parte en la confusión generada por la ambigüedad de la noción de *aplicabilidad*, lo que posibilita su empleo tanto en la norma derogada como en la norma recién creada, junto con los también diversos sentidos que pueden atribuirse a la noción de *retroactividad*.

Palabras clave: aplicabilidad, retroactividad, conflicto de normas, modificación normativa, regulación jurídica, derecho transitorio, principio de irretroactividad.

Applying Changing Law

ABSTRACT. Changes of law create the dilemma over which law applies to transitional situations. This dilemma is usually explained as a normative conflict between the new law and the old law. Temporary provisions, certain principles such as non-retroactivity would run as conflict resolution criteria to identify the norm applicable to these situations.

This explanation is largely based on the confusion generated by the ambiguity of the notion of applicability, which makes it possible to use both the repealed norm and the newly created norm, along with the various meanings that can be attributed to the notion of retroactivity.

Keywords: applicability, retroactivity, conflict of norms, normative modification, legal regulation, transitory law, principle of non-retroactivity.

* Fecha de recepción: 27 de febrero de 2018. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2018.

La investigación que ha dado lugar al trabajo es parte del Proyecto de Investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones».

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.08

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que el Derecho cambia. Desde el punto de vista externo se podría vincular ese cambio a la función de armonizar el Derecho a los cambios sociales; o también se podría decir que el Derecho cambia para provocar esos cambios sociales o, tal vez, que cambia arrastrado por los cambios sociales. Incluso, remontando a un uso gatopardista del cambio normativo, para impedir o contrarrestar determinados cambios sociales. Sea como sea, se puede apreciar un constante flujo modificativo en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Esta circunstancia genera problemas de toda índole, algunos relacionados con la justificación del cambio, sobre cuándo procede realizar el cambio normativo o cómo se justifica un cambio de reglas que lleva implícita una mutación en la valoración de la conducta regulada. Otros tienen que ver con su caracterización, cuestionando si puede considerarse que toda modificación es únicamente consecuencia de actos de producción normativa o bien si el Derecho puede alterarse de otras formas que impliquen la mutación de la calificación deóntica de las acciones reguladas. Finalmente, también se plantean problemas relacionados con sus efectos, cómo el cambio afecta a la realidad regulada por el Derecho, cómo incide en las situaciones iniciadas, en curso, consolidadas o agotadas; cuestiones estas últimas que terminan por dar al cambio normativo su perenne estatus de elemento desestabilizador de la seguridad en las relaciones jurídicas.

Muchos de estos problemas han sido tratados por filósofos y dogmáticos en varias ocasiones. En especial, el de las consecuencias de la alteración normativa. Bajo diferentes nombres, con diversas descripciones, el problema que plantea el cambio normativo en cuanto a su eficacia se puede resumir en el siguiente dilema: *Si el Derecho nuevo regula las mismas categorías de casos que el Derecho viejo, ¿qué Derecho debe ser aplicado ahora a los casos que pertenecen a esa misma categoría, el Derecho viejo o el Derecho nuevo?*

Precisamente, este es el aspecto en el que se centra la atención del trabajo: en los efectos del cambio normativo respecto a la situación jurídica de la realidad regulada por el Derecho y en qué medida este supone una transformación del estatus jurídico de esa realidad.

La determinación de esta transformación ha venido siendo considerada con frecuencia como un asunto de concurrencia entre Derecho nuevo y Derecho viejo sobre el mismo objeto regulado. En este sentido, el cambio normativo se plantea como *conflicto (intertemporal) de normas* cuya solución ha de venir dada por la aplicación de criterios de resolución de conflictos normativos. Mi intención es la de analizar ese planteamiento y exponer los argumentos por los que considero que no es una explicación acertada de la situación, ofreciendo una explicación alternativa que trata de aclarar los casos de sucesión de normas en el tiempo sin recurrir a la noción de conflicto de normas.

Esta pretensión requiere precisar, en primer lugar, qué se ha de entender por cambio normativo, delimitándolo de otras situaciones para, a continuación, pasar a examinar cómo ese cambio normativo conduce a la afirmación de hipotéticos escenarios de conflicto de normas.

A esto le seguirá el análisis del planteamiento conflictual y sus consecuencias y la presentación de un modelo alternativo que trate de explicar las situaciones de cambio de regulación y su resolución.

Por último, trataré de poner de manifiesto que, lejos de tratarse de un mero desacuerdo lingüístico, la explicación conflictual de las transiciones normativas supone una formulación del problema que conduce a una solución bastante alejada de la realidad jurídica.

2. CAMBIO NORMATIVO Y DERECHO APLICABLE

Un primer motivo de confusión al analizar los efectos de la modificación del Derecho surge de la misma descripción de *cambio normativo*. En sus múltiples formulaciones, las teorías del Derecho aluden a una realidad lo suficientemente variada y dinámica como para justificar la aplicación de la noción de cambio a las más diversas circunstancias. Estas circunstancias van desde la derogación de un reglamento o la declaración de inconstitucionalidad de una ley a la superación de la doctrina jurisprudencial seguida por los tribunales superiores en sus sentencias previas (*overruling*); desde la modificación de una práctica administrativa sobre tramitación de expedientes a la caída en el olvido de viejas costumbres inmemoriales (*desuetudo*). Por este motivo, creo necesario comenzar delimitando la referencia de lo que ha de entenderse por *cambio normativo*.

No es dudoso que un ordenamiento jurídico resulte alterado cada vez que se lleva a cabo un acto de *producción normativa*, en cualquiera de sus diferentes modalidades. Entiendo por *producción normativa* —en su sentido estricto de *producción legal*— el conjunto de actuaciones que tienen como resultado un *cuerpo jurídico*, entendido como *cuerpo legal* que ha sido publicado. De este modo, podemos afirmar que cada vez que se elabora una Orden Ministerial, un Decreto del Gobierno, una Ley o una Constitución, el Derecho cambia. La introducción de cada nuevo enunciado legal o de cada nuevo conjunto de enunciados —ya sea por vía legislativa o a través del poder normativo del Gobierno o la Administración— supone la aportación de un nuevo elemento que diferencia el Derecho resultante del Derecho previo a la producción normativa (GUASTINI, 1996: 62-63; BULYGIN, 1991b: 419).

Más discutida es, sin embargo, la opinión de que los cambios en el Derecho se producen *solo* como consecuencia de un acto de producción normativa. Y esto porque hay quien entiende que el Derecho también sufre alteraciones por mecanismos ajenos a la creación de cuerpos jurídicos o legales. Así, por ejemplo, se habla de cambios que son consecuencia de una decisión judicial o administrativa, como la *anulación* o la *revocación*, o que son causados por la concurrencia sobrevenida de ciertos hechos, como ocurre en el caso de la *decadencia* (transcurso del plazo de vigencia en las leyes temporales o producción del acontecimiento condicionante en las sometidas a condición resolutoria)[1].

[1] Por ejemplo, la no convalidación de decretos-leyes en un plazo de treinta días (SANTAMARÍA PASTOR, 1988: 423).

También en ocasiones se habla de cambios no derivados de producción normativa para referirse a ciertas alteraciones sufridas por los enunciados jurídicos que corresponden a circunstancias que no están previstas por el Derecho (*desuetudo*, *cambios de interpretación* de los enunciados jurídicos, *destrucción* de los documentos jurídicos). Se trata, en todo caso, de supuestos muy diversos. En alguna de estas situaciones tal vez podría decirse con propiedad que se ha producido una auténtica modificación jurídica, pero en otras no sería tan fácil justificar semejante afirmación. Sea como fuere, entiendo que las peculiaridades y problemas específicos de este tipo de alteraciones las hacen merecedoras de un examen independiente. Por ello considero más que justificado centrar el análisis únicamente en los cambios del Derecho derivados de producción normativa.

No obstante, una vez precisada la caracterización del cambio normativo (por lo menos, el cambio normativo que aquí interesa destacar), resulta necesario afrontar otras dificultades derivadas de la descripción de las situaciones de modificación del Derecho. Dificultades que tienen que ver con la comprensión de la manera en que el cambio normativo afecta a las situaciones de transición.

Podemos decir que al cambiar el Derecho hay una nueva regulación, es decir, una situación pasa a estar ordenada de forma distinta a como lo estaba previamente. Es de presumir, al menos en principio, que si el Derecho cambia es para mejorar la regulación preexistente, por lo menos presuponemos esta intención en quien promueve la modificación del Derecho. Por eso, los cambios van orientados a dar una respuesta jurídica diferente (y mejor) a determinadas categorías de situaciones. El Derecho cambia, pues, cuando la respuesta jurídica actual ya no se considera correcta, adecuada u oportuna, si bien en algún momento precedente lo fue o se pensaba que generaba una situación mejor que la existente bajo el Derecho anterior. Esa pretensión de mejoría es la que justifica que el Derecho nuevo se imponga al Derecho antiguo. Al menos, como regla general, si bien no exista un consenso absoluto sobre el alcance de tal imposición. Pues admitiendo, *prima facie*, que el Derecho nuevo sea mejor que el anterior, parecería que tal Derecho nuevo debiera regular todas y cada una de las situaciones que cayesen bajo su ámbito material de aplicación, independientemente del momento en el que hayan sucedido. Puede parecer carente de sentido que toda situación de relevancia actual, aunque originada en el pasado, quedara encadenada de forma permanente a normas desfasadas y superadas. Esto nos llevaría a afirmar que no hay más Derecho relevante que el Derecho presente.

Pero, evidentemente, esto no siempre es así, puesto que la mejora o progreso, legítimamente implantados (en cuanto elaboración de los órganos legislativos competentes), aun siendo un valor importante, no es absoluto. Y es posible que tenga que someterse a otras conveniencias, como puede ser el mantenimiento de la confianza que albergan los destinatarios de las normas respecto a que sus conductas serán juzgadas conforme a las mismas leyes que les mandaron cumplir en su momento y no por otras dictadas posteriormente, aunque sean mucho mejores (justas, oportunas, eficientes, etc.) que las anteriores.

De este modo, al valorar el alcance del cambio normativo, se ofrecen dos paradigmas o modelos extremos como criterios guía:

1.ª El paradigma de la expansión ilimitada de la ley nueva, basado en la fuerza legitimadora del cambio de percepción que la autoridad normativa tiene del hecho

regulado. Este cambio establece una nueva valoración del hecho que se transforma en el único criterio posible para regular las conductas y situaciones pasadas, presentes y futuras. El Derecho derogado nada puede regular ya, porque ha perdido todo el valor que en su momento le fuera reconocido.

2.ª El paradigma del *tempus regit actum,* es decir, que las conductas son reguladas por el Derecho del momento en el que tienen lugar. Toda norma posterior es irrelevante puesto que no ha podido ser tenida en cuenta por sus destinatarios.

Estos dos modelos ofrecen dos explicaciones alternativas de lo que ocurre cuando el Derecho cambia y de los efectos de este cambio. Son explicaciones que entran en competencia con la pretensión de ofrecer la mejor interpretación posible de la situación. Esta competencia se da entre descripciones metajurídicas, en cuanto se refieren a los efectos de disposiciones jurídicas. Según la primera descripción, la nueva disposición es siempre la que regula todos los casos en discrepancia, mientras que, de acuerdo con la segunda descripción, el viejo enunciado jurídico es la que regularía esos casos.

Pero una cosa es la disputa entre explicaciones alternativas del fenómeno de la sucesión de regulación respecto a un caso dado y otra cosa muy distinta es que existan antinomias o conflictos entre las normas que se suceden. De hecho, habría que distinguir: 1) Que existan explicaciones alternativas del fenómeno de la sucesión de regulación, lo que depende, como hemos visto, de que existan buenas razones o argumentos a favor de la extensión o perpetuación de unas u otras normas; 2) que existan, o no, dudas sobre cuál es la explicación correcta, lo que depende de los criterios que se puedan extraer del ordenamiento jurídico para determinar cuál es esa explicación, y de si estos criterios son claros y uniformes, y 3) que exista un conflicto normativo entre la norma anterior y la norma nueva, cosa que no depende de ninguna de las circunstancias anteriores, puesto que puede haber buenas razones para la aplicación de una norma o de otra sin que sean normas en conflicto (p. ej., porque una sea una norma jurídica y otra no sea una norma jurídica, o porque una sea una norma de un determinado ordenamiento jurídico y la otra lo sea de otro ordenamiento jurídico distinto), y tampoco depende de la existencia de criterios para determinar cuál es la norma que se aplica, puesto que tales criterios pueden operar sobre el presupuesto de normas que no se encuentran en conflicto (p. ej., las llamadas normas de derecho internacional privado seleccionan qué normas son aplicables para regular un caso entre dos normas que en absoluto pueden concebirse como incompatibles puesto que no pertenecen al mismo ordenamiento jurídico).

En definitiva, la posibilidad de verificar si ante las situaciones de transición procede la aplicación de las normas nuevas o de las antiguas, así como la mayor o menor dificultar para llevar a cabo esta verificación, no presupone necesariamente que entre las normas del Derecho viejo y del nuevo se dé una situación de conflicto. Y, sin embargo, el dilema temporal de la aplicación del Derecho cambiante se presenta muy habitualmente como un *conflicto temporal de normas*, tal y como se puede observar en la misma formulación de las situaciones que dan lugar al dilema. Podemos tomar algunos ejemplos de la doctrina[2]. En ellos aparecen siempre los mismos elementos:

[2] «El tránsito de la regulación que establecía la norma derogada a la que establece la norma nueva plantea diversos problemas. Unos pueden proceder del propósito del legislador de revisar el pasado; pero principal-

1) Un enunciado jurídico **N1** es sustituido por otro enunciado jurídico **N2**.

2) Tanto **N1** como **N2** regulan una misma categoría de situaciones **S**, pero de diferente manera.

3) Una situación ***s***, que es instancia particular de la categoría de situaciones **S**, se produce antes de que tenga lugar la sustitución.

4) La situación ***s*** sigue siendo relevante después de la sustitución de **N1** por **N2**.

Tanto **N1** como **N2** *competirían* por la regulación del mismo supuesto, cada uno con sus propias armas que, fundamentalmente, consisten en la fuerza de los argumentos que pesan bien a favor del cambio, valorando hasta qué punto la bondad de la mejora introducida justifica llevarla más allá del momento en el cual se hizo previsible su existencia, bien a favor de la conservación de la regulación previa, si pareciese intolerable supeditar la conculcación de la seguridad personal de los ciudadanos a los magros beneficios a lograr con la alteración.

En ese pulso, el juez, tribunal u órgano decisor correspondiente, tendría que elegir si es la vieja ley la que sigue gobernando la situación enjuiciada o ya es la nueva ley la que se debe ocupar de ella. Y para esto tendrá que valerse de unos criterios que pueden venirle dados a través de disposiciones constitucionales o legales, en funciones de normas de resolución de conflictos, pero no solo, ni necesariamente.

¿Verdaderamente toda situación de transición genera un conflicto de normas? Como he señalado, la realidad es que el cambio normativo provoca la necesidad de tomar una posición sobre la regulación de tales situaciones de transición. Y en ocasiones esa decisión no es sencilla de tomar. Pero no considero que esa necesidad, ni las dificultades que conlleve su satisfacción, vengan provocadas por la existencia de un conflicto normativo entre las normas del Derecho nuevo y del Derecho viejo.

3. LA TESIS DEL CONFLICTO TEMPORAL ENTRE EL DERECHO NUEVO Y EL DERECHO VIEJO Y SUS ALTERNATIVAS

3.1. El conflicto temporal de normas como explicación a los problemas de aplicación del Derecho en las situaciones de transición

3.1.1. El planteamiento del conflicto intertemporal de normas en la Dogmática jurídica

La idea de *conflicto normativo* o *colisión de normas* aparece recurrentemente en los planteamientos doctrinales sobre las consecuencias del tránsito del Derecho antiguo al Derecho nuevo[3].

---

mente se originan porque habiendo situaciones, hechos y efectos que tienen una duración suficientemente larga como para vivir antes y después del cambio de aquellas, no pueden ser siempre tajantemente cortados en dos periodos, sometidos uno a la antigua norma y otro a la nueva» (ALBALADEJO, 2006: 189). «Puede surgir la duda de si la ley nueva deberá aplicarse [...] a las relaciones jurídicas [...] que se constituyeron bajo la ley anterior y todavía subsisten» (GARCÍA VALDECASAS, 1983: 124).

[3] Incluso en el título de una de las obras clásicas de referencia sobre la materia: *Le Droit Transitoire (Conflits des lois Dans le tems)*, de P. ROUBIER. Entre los civilistas españoles que han planteado las situaciones

En líneas generales, se considera que ante la necesidad de determinar el Derecho aplicable a una situación ***s***, y la concurrencia a tal fin del Derecho antiguo (**N1**) con el Derecho nuevo (**N2**), se produce un conflicto que deberá resolverse determinando si prevalece **N1** o **N2** a través de la delimitación de los respectivos alcances, efectos, valores, etc. Los instrumentos que se suelen referir como adecuados para hallar esta solución son:

a) Las disposiciones de Derecho transitorio entendidas, precisamente, como *normas de resolución de conflictos* (ALBALADEJO, 2006: 189).

b) Determinados principios en su función de criterios de resolución de conflictos, con particular protagonismo del *principio de irretroactividad* y sus manifestaciones positivas en disposiciones constitucionales y legales (*v. gr.* art. 9.3 CE, art. 2.3 CC).

c) Ciertas teorías doctrinales que establecen criterios generales o particulares para determinar la preferencia por el Derecho antiguo o del Derecho nuevo como, por ejemplo, la teoría de los *derechos adquiridos (iura quaesita)*, la teoría de los *hechos concluidos (facta concludenda)*, o la doctrina de la protección de la confianza en el Derecho (*Vertrauensshutz*).

3.1.2. ¿Son posibles los conflictos temporales de normas?

La explicación teórica del conflicto de normas entre el Derecho viejo y el Derecho nuevo a la hora de determinar el Derecho aplicable a las situaciones de transición se encuentra con la dificultad evidente de que uno de los enunciados que interviene en ese conflicto ya ha sido derogado. ¿Es posible una competencia entre el Derecho vigente y el Derecho derogado?

C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN han señalado en alguna ocasión que la derogación supone el fin de la existencia de un enunciado jurídico, de la misma manera que la promulgación supone el comienzo de la misma (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 75). Esta tesis ha sido criticada por HERNÁNDEZ MARÍN, quien sostiene que los enunciados jurídicos existen como tales enunciados antes de su promulgación y continúan existiendo después de su derogación. Los enunciados, como cualquier otro objeto, señala este autor, solo pueden dejar de existir mediante su destrucción; y la derogación no puede considerarse, en modo alguno, como una causa de destrucción de los enunciados jurídicos. Por tanto, la derogación no puede suponer el fin de la existencia del enunciado (HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 454).

Obviamente, HERNÁNDEZ MARÍN está criticando una tesis basada en un sentido común del término «existencia» referido a los objetos físicos y que se corresponde a la manifestación de estos ante el sujeto, de tal manera que la verdad del enunciado «existe ***z***» se deriva de la verdad del enunciado «hay un ***x*** tal que ***x*** = ***z***». Esta noción supone, además, que su veracidad dependerá del momento en el que se haga la afirmación: en un determinado momento ***t1*** *habrá un* ***x*** *tal que* ***x*** = ***z*** (***z*** existirá) mientras que es posible que en otro momento ***tn*** anterior o posterior a ***t1*** no *haya un* ***x*** *tal que* ***x*** = ***z*** (***z*** no exista).

---

de sucesión de normas de esta manera: DE CASTRO Y BRAVO, 2008: 720; ALBALADEJO, 2006: 189; DÍEZ-PICAZO, 2003: 113, y GARCÍA VALDECASAS, 1983: 123-124.

En este sentido, la existencia es relativa al tiempo, de modo que se puede hablar de un comienzo de la existencia de ***z*** y de un fin de la existencia de ***z***. Si ***z*** es un enunciado, su existencia comenzará cuando tal enunciado sea creado y se terminará cuando tal enunciado sea destruido.

Sin embargo, la noción de «existencia» empleada por ALCHOURRÓN y BULYGIN no es precisamente esta, por lo menos en los escritos en los que se han referido a la derogación en estos términos. En primer lugar, ellos no están tratando con enunciados, sino con *normas-sentido*[4]. Por tanto, se desinteresan, en cierta manera, de este aspecto de la existencia, dado que, desde su perspectiva ontológica, no tendría sentido presentarla como una existencia temporalmente relativa: no se puede hablar del inicio de la existencia de una proposición ni del final de la existencia de la misma, en cuanto entidad semántica de naturaleza ideal[5]. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, cuando ellos dicen que empieza a existir una norma jurídica con la promulgación, no quieren decir que antes no había una proposición y ahora sí la hay, lo que quieren decir es que a partir de la promulgación la proposición forma parte de un *sistema normativo* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997: 61). De este modo, recuperan una noción de existencia relacionada con el tiempo que les permite hablar de comienzo y fin de la existencia de la norma. El inicio de la existencia tiene lugar cuando la norma comienza a formar parte del sistema, mientras que el fin de la existencia se produce cuando la norma deja de pertenecer al sistema. Como vemos, ya no se trata de si la norma *existe* o *no existe*, sino de si la norma *es* o *no es parte de cierto sistema*.

De alguna manera, el sentido de aquellos términos será similar al que tienen cuando, por ejemplo, se dice que un equipo ha sido eliminado de una cierta competición, o que la inscripción de una hipoteca ha sido cancelada en el Registro de la Propiedad. Ciertamente, el equipo no ha dejado de existir, como tampoco ha dejado de existir la inscripción de la hipoteca; lo que implica la eliminación del equipo deportivo es que a partir de su eliminación ya no forma parte de la competición. En cuanto a la inscripción de la hipoteca, cualquiera que consulte el libro del Registro podrá leer los enunciados correspondientes a esa inscripción, pero una vez cancelada, ya no tendrá la eficacia propia de las inscripciones registrales hipotecarias. De la misma manera que el equipo vencido es eliminado, el enunciado *derogado* también es *eliminado*. Esta eliminación le priva de la eficacia propia de su caracterización como componente del Derecho. En cierto sentido, el enunciado derogado ha quedado *fuera de juego*.

La entrada en la *existencia* jurídica de un enunciado se produce a partir del momento en el cual podemos afirmar que tal enunciado pertenece al Derecho[6], es decir,

---

[4] «Las normas-sentido son entidades abstractas y su existencia (si cabe hablar de tal cosa, ya que es poco usual hablar de la existencia de proposiciones) es atemporal» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997: 61).

[5] Es cierto que, en otra obra, al analizar los actos de rechazo desde la perspectiva de una concepción expresiva de las normas, afirman que como resultado de un acto de rechazo (derogación) el contenido normativo rechazado es eliminado del sistema y, por tanto, «la norma deja de existir» en un momento dado. Pero inmediatamente después matizan: «La existencia temporal de las normas es una mera metáfora. Lo que sucede realmente es la realización de dos tipos de actos (ordenar y rechazar): estos son los únicos hechos empíricos relevantes para la existencia de la norma» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991b: 133-134).

[6] Me resultan bastante convincentes los argumentos que apoyan la tesis de que ese periodo comienza con la publicación del cuerpo jurídico —Ley, Real Decreto, etc.— en el cual se encuentra recogido el enunciado en cuestión (HERNÁNDEZ MARÍN, 2000: 449 y ss.). No obstante, hay quien lo sitúa en otros momentos como por

cuando ya podemos decir que es un *enunciado jurídico*. Este calificativo le será atribuido hasta el momento en el que el enunciado pierda su juridicidad, normalmente con su derogación.

En una de las acepciones comunes del término «validez»[7], se dice que durante todo ese tiempo, el enunciado jurídico es *válido*. Hemos de tener en cuenta, sin embargo, que «validez» es un término que la doctrina usa con ambigüedad haciendo referencia no solo a la pertenencia del enunciado al ordenamiento jurídico, sino también a otras circunstancias como la legalidad del acto de emitir la norma —adecuación a normas de competencia de rango superior— (VON WRIGHT, 1979: 200), o la mera existencia, atribuyéndosele incluso significados normativos como el de constituir la justificación de la obligatoriedad del enunciado jurídico (PEÑA FREIRE, 1999: 102 y ss.).

La derogación supone la pérdida de pertenencia del enunciado derogado al ordenamiento jurídico, o si se prefiere, la pérdida de *juridicidad*, o la pérdida de *validez* —en el caso de utilizar las correspondientes expresiones como sinónimos de «pertenencia al Derecho»—. El hito a partir del cual ya no es admisible defender que un enunciado siga perteneciendo al Derecho vendrá marcado por la producción del efecto derogatorio[8].

Esta concepción de la derogación como fin de la pertenencia de un enunciado al ordenamiento jurídico ha gozado y goza de amplia aceptación (KELSEN, 1968: 1429; BULYGIN, 1991c: 210 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 453). Desde este punto de vista, resulta bastante extraño plantear un conflicto entre enunciados que sí pertenecen al sistema y enunciados que ya no pertenecen al sistema, con la posibilidad, incluso, de que prevalezca el enunciado que ya no es Derecho[9].

Expuestas de manera muy resumida, son dos las propuestas de explicación que desde la teoría jurídica se ha intentado dar a esta situación:

a) La derogación afecta a la validez de la norma derogada, pero no a su aplicabilidad. Es la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre el modo habitual de entender los efectos de la derogación. Dicha propuesta se basa en la tesis de la independencia entre las nociones de *pertenencia al sistema* y *aplicabilidad* (PEÑA FREIRE, 2001: 202-206). Una vez descrita la configuración temporal de la pertenencia de la norma al orden jurídico, de tal manera que una norma forma parte del Derecho durante el periodo de tiempo compren-

---

ejemplo en la fecha de entrada en vigor (L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990: 33 y 180-181). Pero esto plantea problemas en situaciones en que la norma finaliza su validez incluso antes de que haya entrado en vigor (HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 502 y ss.). ALCHOURRÓN y BULYGIN, como he mencionado (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 75), proponen la fecha de promulgación, lo cual también resulta inadecuado teniendo en cuenta que la publicación es el requisito último y necesario para la producción de un cuerpo jurídico. En cualquier caso, no será necesario entrar en esa polémica para los objetivos del presente estudio, por cuanto me referiré genéricamente a la *creación del enunciado jurídico* o al *inicio de su juridicidad*.

[7] Este es uno de los posibles conceptos de validez, que BULYGIN denomina concepto *descriptivo* (BULYGIN, 1991c: 195 y ss.).

[8] Quedaría aquí excluida, como bien puede observarse, la utilización de otros significados de «validez», como puede ser la adecuación a las normas de competencia y procedimiento, puesto que una norma que es *válida* en este sentido no se comprende como puede dejar de serlo posteriormente por una decisión del mismo órgano normativo (GUASTINI, 1998: 161-162). Dejando a salvo, no obstante, los supuestos de «ilegitimidad —o inconstitucionalidad— sobrevenida» (GUASTINI, 1998: 162).

[9] BULYGIN ha señalado que muchos juristas no se sentirían felices con una descripción de la situación que implica que pueden resultar aplicables *normas inexistentes* (BULYGIN, 1991c: 210).

dido entre su creación y su derogación, BULYGIN desarrolló la idea de que la pertenencia de una norma a un sistema jurídico no coincide necesariamente en el tiempo con su aplicabilidad a un caso, puesto que una norma puede pertenecer a un sistema correspondiente a un tiempo ***t1*** sin ser aplicable a un caso que se verifique durante ese tiempo, de la misma manera que puede ser aplicable a un caso que se verifique en ***t1*** sin pertenecer a un sistema correspondiente a ese tiempo (BULYGIN, 1991c: 200-204; 1991a: 266).

Para BULYGIN, una norma **N1** es aplicable a cierto caso cuando existe otra norma **N2** en el sistema jurídico que impone el deber de aplicarla a ese caso (BULYGIN, 1991c: 203). Así, da lo mismo que **N1** pertenezca al sistema o no pertenezca al sistema. Eso sí, la noción de aplicabilidad no quedaría totalmente aislada de la noción de pertenencia puesto que aún se mantendría una conexión importante: «Los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema que está en vigor en el momento en que el juez dicta la sentencia» (BULYGIN, 1991c: 202).

De acuerdo con esta propuesta: *a)* las normas derogadas no pertenecen al sistema jurídico actual y, por tanto, no pueden considerarse Derecho válido; *b)* no obstante, las normas derogadas todavía pueden resultar aplicables a ciertos casos[10]; *c)* a ese mismo caso podrían ser también aplicables normas que pertenezcan al sistema normativo actual; *d)* la concurrencia de diversas normas aplicables (derogadas o no) respecto de un mismo caso dará lugar a un conflicto normativo, y *e)* los criterios de resolución de conflictos temporales determinan cuál de las posibles normas aplicables será la que prevalezca en la solución del caso planteado[11].

Por supuesto, esta manera de entender la derogación no implica necesariamente que todo caso al que sea aplicable una norma derogada de lugar a un conflicto normativo. De hecho, la aplicabilidad de la norma derogada puede deberse a la ausencia en el sistema actual de cualquier otra norma que resulte aplicable a la misma situación. Esto ocurriría, por ejemplo, si la norma derogada no hubiera sido sustituida por otra que se ocupase de la misma materia. Lo que estas nociones permitirían, en principio, es explicar la sucesión de normas que regulan un mismo supuesto como conflicto de normas aplicables, aunque alguna de ellas ya no pertenezca al sistema actual[12].

b) La derogación afecta a la aplicabilidad de la norma derogada, pero no a su validez. Algunos autores que se han dedicado al estudio de la eficacia temporal de las normas[13], han cuestionado que la derogación pueda ser correctamente entendida como cesación de la validez —como pertenencia al Derecho— del enunciado dero-

---

[10] En «La concepción expresiva de las normas» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991b:134), ya había sostenido que cuando una norma pertenece a un sistema normativo nunca deja de pertenecer a él, aunque es posible que no pertenezca al sistema siguiente. Por tanto, la proposición «*p* es obligatorio en A_1», si es verdadera lo será siempre, aun después de la derogación de p. No obstante, que *p* sea obligatorio en A_1 será irrelevante después de la derogación, a no ser que una norma del sistema actual establezca el deber de aplicar *p*.

[11] Según BULYGIN, una de las funciones que cumplen los criterios de aplicabilidad es la de establecer «relaciones jerárquicas entre normas pertenecientes a sistemas distintos (del mismo orden jurídico)» (BULYGIN, 1991c: 203).

[12] J. FERRER y J. L. RODRÍGUEZ exponen un ejemplo de un caso enjuiciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que se plantea como un conflicto entre la norma derogada, pero aplicable, y el Derecho internacional público consuetudinario (FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ, 2011: 81-83).

[13] Entre los teóricos italianos, GUASTINI (GUASTINI, 1987: 14 y ss.); entre los españoles, AGUILÓ REGLA o L. M. DÍEZ-PICAZO (AGUILÓ, 1995: 84; L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990: 172).

gado. Las razones aducidas se basan en el hecho, constatable en la práctica, de que el enunciado jurídico derogado continúa siendo aplicado a determinadas situaciones aún después de su derogación. Por este motivo, afirmar que el enunciado derogado ya no es Derecho no constituiría una descripción muy acertada de lo que ocurre en realidad. Por el contrario, la derogación, más que extinguir la juridicidad de las normas, produciría una alteración en su ámbito temporal de aplicación. Lo que, en definitiva, vendría a ser un cambio de sentido de los enunciados jurídicos.

No es el único argumento que se ofrece para apoyar esta concepción del efecto derogatorio. Se señala también que la única justificación para negar la pertenencia de una disposición al ordenamiento jurídico es la violación de las normas de competencia y procedimiento que determinan la validez del acto de producción normativa. De ahí que un enunciado derogado pueda ser anulado si su producción no fue reglamentaria[14]. Pero si por anulación entendemos la expulsión de la disposición del ordenamiento jurídico, y lo expulsado es un enunciado derogado, no tendría sentido decir que dicho enunciado ya había dejado de ser jurídico con la derogación, es decir, que había sido previamente expulsado. Si es posible anular un enunciado derogado es porque el enunciado jurídico solo dejaría de pertenecer al Derecho con la decisión que lo anula a causa de la violación de los criterios que fijan la pertenencia al sistema (GUASTINI, 1987: 16). Se trata, en definitiva, de vincular el carácter jurídico de un enunciado únicamente a los criterios determinantes de su validez —conformidad con las normas de competencia que regulan su creación—, y no a decisiones ulteriores del órgano de producción normativa.

Según esta propuesta: *a)* los enunciados derogados no dejan de pertenecer al sistema jurídico; *b)* lo que provoca la derogación es la limitación de la aplicabilidad del enunciado derogado, es decir, el enunciado no es aplicable a los casos ocurridos a partir del momento en que la derogación opera; *c)* no obstante, los enunciados derogados siguen resultando aplicables a los casos ocurridos antes de la derogación, puesto que siguen siendo Derecho válido; *d)* si las nuevas disposiciones alcanzan a las situaciones anteriores a su creación se produce un conflicto entre Derecho nuevo y Derecho derogado, es decir, un conflicto entre enunciados jurídicos, y *e)* los criterios de resolución de conflictos temporales determinan qué enunciado jurídico corresponde aplicar identificando las diferentes áreas de aplicabilidad asignadas a cada uno.

Los conflictos se producirían entonces entre enunciados que forman parte del mismo sistema jurídico, en contraposición a la versión anteriormente examinada, según la cual los enunciados que entran en conflicto forman parte de sistemas jurídicos diferentes, aunque pertenecientes al mismo orden jurídico.

3.2. Crítica a la explicación del «conflicto»: la tesis de las lagunas intertemporales

Las descripciones, expresas o implícitas, de la sucesión de leyes en el tiempo como conflicto entre ley anterior y posterior presuponen que tanto el Derecho viejo como

[14] Así se manifiesta en algunas sentencias la *Corte Constituzionale* italiana, puesto que cuestiones sobre legitimidad constitucional de disposiciones que han sido derogadas pueden ser relevantes cuando se trata de normas que todavía tienen que ser aplicadas a causa de las reglas sobre la sucesión de las normas en el tiempo. *Vid.* Corte Costituzionale, Sentencias 49/1970, de 25 de marzo, y 63/1970, de 28 de abril.

el Derecho nuevo regulan la situación enjuiciada respecto de la que se plantea el problema de transición normativa. Sin embargo, es bastante dudoso que se pueda admitir este punto de partida.

Así, HERNÁNDEZ MARÍN ha sometido a crítica la hipótesis de la doble regulación en conflicto, llegando a la conclusión de que la realidad es completamente distinta de la que sugiere este planteamiento. Este autor entiende que en los escenarios de sucesión de leyes en el tiempo, ni el Derecho viejo ni el Derecho nuevo regulan la situación generada con anterioridad a la modificación. Por lo que, en el fondo, se está produciendo algo que bien podría llamarse *laguna intertemporal* (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 267-269).

Para HERNÁNDEZ MARÍN, una situación es objeto de regulación por un enunciado jurídico si está incluida en la referencia de su supuesto de hecho. La situación regulada dará lugar a la producción de los efectos establecidos por la consecuencia del enunciado regulador, en el momento jurídicamente pertinente. Pero, si al llegar el momento de producir efectos, ese enunciado ha sido derogado, ya no será jurídicamente relevante para poder regir ese caso. Por tanto, ya no se podrá afirmar que el enunciado derogado regule jurídicamente la situación controvertida anterior a la derogación. Por su parte, el enunciado de la ley nueva, cuando ya es Derecho, aunque es apto para regular las situaciones que caigan dentro de su ámbito de referencia, no se refiere en su supuesto de hecho (habitualmente) a las situaciones anteriores a su creación, por lo que tampoco las regula.

Estas conclusiones se justifican a partir de los resultados obtenidos en los análisis previos sobre los aspectos temporales de los enunciados jurídicos:

a) Tanto el enunciado jurídico nuevo como el viejo se refieren a situaciones que ocurren en ciertos periodos de tiempo y tienen prevista la producción de sus efectos en los mismos o distintos periodos de tiempo: «Todos los enunciados jurídicos, de forma expresa o tácita se refieren a intervalos temporales, en su supuesto de hecho y en su consecuencia». El periodo de tiempo al que se refiere el supuesto de hecho de un enunciado jurídico recibe el nombre de *intervalo de subsunción.* El periodo de tiempo al que se refiere la consecuencia del enunciado jurídico se denomina *tiempo del efecto* (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 187 y ss.).

b) Los intervalos de referencia de un enunciado jurídico (intervalo de subsunción y tiempo del efecto) son independientes del periodo de pertenencia al Derecho de dicho enunciado. El alcance referencial del enunciado jurídico, las situaciones de las que se ocupa y los periodos para los cuales establece sus efectos dependen, única y exclusivamente, de la interpretación del propio enunciado jurídico y no de cuándo dicho enunciado comience a formar parte del Derecho o deje de formar parte del mismo.

La interpretación de los aspectos temporales de un enunciado jurídico depende, en primer lugar, de lo que el propio enunciado establezca, de modo que el enunciado puede contener referencias explícitas a los periodos correspondientes a su intervalo de subsunción o a su tiempo del efecto. No obstante, la presencia de estas referencias explícitas no es frecuente, por lo que será necesario acudir al contexto del enunciado para completar su contenido. La fecha de entrada en vigor suele tener un papel fundamental en la determinación de los intervalos de referencia. En muchos casos, será

útil para fijar el inicio del intervalo de subsunción, sobre todo si el enunciado interpretado carece de cualquier referencia temporal explícita; de otro modo, servirá para completar otras referencias temporales como el tiempo del efecto. En cualquier caso, el hecho de que la fecha de entrada en vigor pueda tener un papel en la determinación de los intervalos de referencia no supone una alteración de las conclusiones acerca de la independencia entre intervalos de referencia e intervalo de validez, puesto que la entrada en vigor no es un dato determinante de la pertenencia del enunciado jurídico al Derecho (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 238).

c) Para que un enunciado *regule jurídicamente* una determinada situación en un cierto momento ***t*** no basta con que el enunciado se refiera en su supuesto de hecho a esa situación, ni tampoco es suficiente con que pertenezca al Derecho cuando tiene lugar dicha situación. Cuando una determinada situación ***s*** forma parte de la referencia del supuesto de hecho de un enunciado jurídico **N** decimos que **N** se refiere a ***s*** y, a veces, también se dice que **N** es *aplicable* a ***s***. El enunciado jurídico enlaza la situación referida en su supuesto de hecho con una consecuencia ***c*** —prescriptiva o cualificatoria—. De ahí podemos extraer que a la situación ***s*** le corresponde la consecuencia ***c*** según **N**. Pero solo si **N** es un enunciado jurídico en un momento ***t***, es decir, si **N** pertenece al Derecho en ***t***, se podrá afirmar que a ***s*** le corresponde la consecuencia ***c*** según el Derecho de ***t*** (HERNÁNDEZ MARÍN, 1999: 167-168). Esto lo podemos expresar señalando que en el momento ***t***, **N** *regula jurídicamente* ***s***.

De este modo, para que en un momento ***t*** un enunciado jurídico **N** regule jurídicamente una determinada situación ***s*** es necesario que se den las siguientes circunstancias (HERNÁNDEZ MARÍN y SARTOR, 1999: 97)[15]:

1. Que **N** se refiera en su supuesto de hecho a ***s***.
2. Que **N** pertenezca al ordenamiento jurídico en ***t***.

d) Para que una situación **s** sea regulada jurídicamente por **N** en ***t*** es irrelevante que **N** sea un enunciado jurídico en el momento en que tiene lugar ***s***:

d.1) Puede ser que **N** todavía no sea un enunciado perteneciente al Derecho cuando tiene lugar ***s***. Sin embargo, si en un momento posterior ***t*** el enunciado **N** ya es un enunciado jurídico, y el día en que ha ocurrido ***s*** está incluido en el intervalo de subsunción de **N**, entonces **N** regulará jurídicamente la situación ***s*** en ***t***. Por ejemplo:

A1. (N) Todos los que hayan obtenido ingresos superiores a 30.000 euros durante el año 2017 están obligados a presentar la declaración de la renta en el mes de junio de 2018.

A2. (N) pertenece al derecho desde el 1 de enero de 2018.

A3. (h) ha obtenido ingresos superiores a 30.000 euros entre el 1 de marzo de 2017 y el 30 de octubre de 2017 (***s***).

(N) regula jurídicamente la situación planteada en A3, en cualquier momento ***t*** a partir del 1 de enero de 2018, puesto que el supuesto de hecho de (N) se refiere a A3

[15] Estas características son aplicadas en el trabajo citado como circunstancias que deben concurrir para que, dado que (N) establece que un determinado supuesto (*event E*) genera una consecuencia (*state S*), y dado que se produce el supuesto en un determinado momento (T1), la consecuencia viene generada *[initiated_at (S, T1)]*.

y (N) pertenece al ordenamiento jurídico en ***t***. Esta conclusión sigue siendo correcta por mucho que podamos apreciar que (N) no era un enunciado jurídico en ningún momento de la duración de (***s***).

d.2) Puede ser que **N** ya sea un enunciado perteneciente al Derecho cuanto tiene lugar ***s***, pero el día en que ha ocurrido ***s*** no pertenezca a su intervalo de subsunción, por ejemplo, porque cuando ocurre ***s***, la ley de la que forma parte **N** está en periodo de *vacatio*. En ese caso, **N** no regulará jurídicamente la situación ***s***, aunque sea un enunciado jurídico tanto en el momento en que tiene lugar ***s***, como en el momento ***t***:

B1. (N) Todos los que obtengan ingresos superiores a 30.000 euros anuales están obligados a presentar la declaración de la renta en el mes de junio del año siguiente.
B2. (N) pertenece al derecho desde el 1 de enero de 2018.
B3. (N) entra en vigor el 1 de enero de 2019.
B4. ***h*** ha obtenido ingresos superiores a 30.000 euros entre el 1 de marzo de 2017 y el 30 de octubre de 2018.

(N) no regula jurídicamente la situación planteada en B4 en ningún momento, puesto que el supuesto de hecho de (N) no se refiere a B4: Ante la ausencia de referencias temporales explícitas en (N), la fecha de entrada en vigor determina el inicio del intervalo de subsunción, de modo que (N) solo se refiere a situaciones ocurridas a partir del 1 de enero de 2019. Esta conclusión sigue siendo correcta aunque (N) sea un enunciado jurídico en el periodo en el que ha tenido lugar el caso regulado.

e) Cuando hay un cambio de legislación (**N1** ha sido sustituido por **N2**)[16] en ***td***, anterior a ***t***, nos encontramos con la siguiente situación respecto a la regulación jurídica de ***s***:

— **N1**, que se refiere en su supuesto de hecho a ***s***, no pertenece al ordenamiento jurídico en ***t*** al haber sido derogado en ***td***; por tanto, no regula jurídicamente el supuesto ***s*** en ***t***.

— **N2**, que pertenece al Derecho en ***t***, al haber sido incorporado al mismo mediante un acto de producción normativa en ***td***, sin embargo, no se refiere en su supuesto de hecho a ***s***; por tanto, no regula jurídicamente el supuesto ***s***. La ausencia de referencias temporales explícitas en **N2** permite remitir a su fecha de entrada en vigor para indicar el comienzo del intervalo de subsunción. Esta fecha de entrada en vigor, con carácter general, será posterior a su publicación (art. 2.1 CC) y, por tanto, posterior a la situación de cuya regulación se trata (Hernández Marín, 2012: 262).

Puesto que ni **N1** ni **N2** regulan jurídicamente ***s*** en ***t***, la situación ***s*** queda sin cobertura jurídica, salvo que la nueva ley incorpore disposiciones transitorias que cubran esa *laguna intertemporal* sobrevenida (Hernández Marín, 2012: 270). El problema que se puede presentar no es de conflicto normativo, sino de ausencia de norma aplicable ante la situación de transición, por lo que la solución por la vía de la aplicación de reglas de resolución de conflictos resulta inapropiada.

[16] Bajo la hipótesis de que ninguno de estos enunciados tiene referencias temporales explícitas, como suele ser lo más frecuente.

4. REGULACIÓN JURÍDICA DE SITUACIONES DE TRANSICIÓN

4.1. Situaciones de transición y situaciones nuevas

La respuesta normativa a las situaciones de transición es muy variada y no responde exclusivamente a un único esquema como puede ser el del conflicto normativo o el de la ausencia total de regulación. Hay situaciones de transición para las que se produce un auténtico conflicto normativo, otras situaciones en las que se percibe una real carencia de regulación y otras, en definitiva, en las que no ocurre ni una cosa ni la otra.

Las situaciones de transición, vinculadas a la sustitución de la norma derogada (**N1**) por la norma nueva (**N2**), se generan en un tiempo ***ts*** anterior a la sustitución de **N1** por **N2**, mientras que los efectos tienen lugar en un tiempo ***te*** posterior a la sustitución de **N1** por **N2**. Las situaciones de transición son potenciales exponentes del conflicto. Puesto que ya se han producido cuando el cambio normativo tiene lugar, la antítesis entre la permanencia del viejo criterio normativo y la conveniencia del cambio se manifiesta sin ambages.

La situación de transición se origina siempre antes de la derogación del primer enunciado jurídico (o como suele decirse, «bajo su vigencia»). Es decir, no son situaciones de transición aquellas en las que ***ts*** es posterior a la derogación de **N1**, y que podríamos llamar *situaciones nuevas*. A las situaciones nuevas no se les aplicaría el mismo análisis que a las situaciones de transición. No habría conflicto posible respeto a las situaciones generadas a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, puesto que el Derecho aplicable siempre sería el Derecho nuevo, mientras que la norma de la vieja ley, al estar ya derogada, ya no tendría ninguna relevancia para los casos nuevos.

Pero el hecho de que las situaciones nuevas no sean, en sentido estricto, situaciones de transición, no quiere decir que no puedan verse afectadas por el cambio normativo, puesto que:

— En ocasiones estas situaciones afrontan la presencia de dos normas sucesivas incompatibles sobre la misma categoría de casos como un auténtico dilema a resolver.

— La alternativa valorativa innovación-permanencia puede seguir manifestándose, en cuanto a determinar si resulta más adecuado imponer la nueva regulación o mantener la previa, por lo menos a ciertas situaciones posteriores a la derogación de la vieja norma.

Estos dilemas o alternativas son, en cualquier caso, expresión de distintas opciones metajurídicas que presuponen una valoración acerca de un compromiso preferencial entre permanencia o innovación. Pero, en principio, no generan un verdadero antagonismo normativo que deba ser resuelto con los instrumentos internos del propio Derecho. Lo comprobaremos a continuación.

4.2. Aplicabilidad, retroactividad y ultractividad

4.2.1. Normas nuevas y situaciones de transición: retroactividad de la norma nueva

La *retroactividad* puede describirse a través de la interpretación de las referencias temporales de los enunciados jurídicos: un enunciado jurídico es retroactivo si se refiere a un tiempo anterior a su creación (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 246).

El enunciado retroactivo se refiere a lo sucedido antes de que existiera como tal enunciado jurídico o está destinado a generar efectos[17] en un momento anterior a su propia creación. Por ejemplo:

C1. (R): Las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas a partir del 1 de enero de 2017 están exentas de tributar en el impuesto de sucesiones.

C2. (R) es creada el 15 de diciembre de 2017.

(R) es un enunciado jurídico retroactivo, puesto que se refiere en su supuesto de hecho a situaciones anteriores a su creación. La retroactividad de un enunciado jurídico depende, pues, del momento de su creación y de su contenido referencial, concretamente del momento en que ha de ocurrir aquello a lo que se refiere, bien en su supuesto de hecho, bien en su consecuencia jurídica.

Frecuentemente los enunciados jurídicos no serán retroactivos, puesto que para que lo sean tienen que contener, ya sea en su expresión literal, ya sea en el contexto que sirve para interpretarlos, una referencia clara a situaciones anteriores a su creación. En ausencia de indicación al respecto, la referencia temporal de los enunciados jurídicos comienza después de su creación[18].

Esta circunstancia determina que, ante dos normas sucesivas, **N1** y **N2**, que se refieren a la misma categoría de situaciones **S**, sus intervalos de subsunción normalmente no coincidan, o mejor dicho, solo coincidan parcialmente. A partir del comienzo del intervalo de subsunción de **N2**, los intervalos de ambos enunciados se superponen. Antes del comienzo del intervalo de subsunción de **N2**, solo estará abierto el intervalo de subsunción de **N1**. Las situaciones de transición son, como hemos mencionado antes, previas a la sustitución de **N1** por **N2** y, por tanto, al comienzo del intervalo de subsunción de **N2**[19]. De este modo, no habrá conflicto normativo posible respecto a dichas situaciones de transición, puesto que **N2** no las regula al no referirse a ellas en su supuesto de hecho. A esto hay que añadir que tampoco **N1** regula jurídicamente

[17] La retroactividad en los enunciados jurídicos puede dar lugar a *enunciados jurídicos retroactivos* propiamente dichos, y *enunciados jurídicos con efectos retroactivos*, dependiendo de si la referencia al tiempo anterior a su creación se encuentra en el supuesto de hecho del enunciado jurídico o en la consecuencia jurídica del mismo (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 246-247).

[18] En el caso del Derecho español, esto deriva de la regla general sobre la entrada en vigor de las leyes del art. 2.1 del Código Civil, junto con la interpretación que se ha realizado anteriormente sobre la fecha de entrada en vigor.

[19] El inicio del intervalo de subsunción de **N2** tiene que ser posterior o simultáneo a la derogación de **N1**, nunca anterior, si tenemos en cuenta que a partir de ese momento los intervalos de subsunción de ambas normas coinciden y ambas establecen consecuencias incompatibles. Por ello, si la situación de transición es anterior a la sustitución de **N1** por **N2**, es decir, a la derogación de **N1**, necesariamente tiene que ser anterior al inicio del intervalo de subsunción de **N2**.

esas situaciones al haber dejado de pertenecer al Derecho cuando tienen que hacerse efectivas sus consecuencias. De ahí la laguna intertemporal.

La cosa es bien distinta si el enunciado nuevo es retroactivo, si contiene en su supuesto de hecho la referencia a las situaciones de transición, pero esta diferencia no implica que esos casos den lugar a conflictos. Es lo que ocurre con (R) en cuanto aplicable a las transmisiones hereditarias causadas antes de 15 de diciembre de 2017. (R) regula jurídicamente esas situaciones en cualquier momento ***te*** posterior a su creación, puesto que se refiere a ellas y forma parte del Derecho en ***te***. Las situaciones de transición no quedan, pues, sin cobertura jurídica. El enunciado al que (R) sustituye, por su parte, también se refiere a esas situaciones de transición, pero ya no es un enunciado jurídico en ***te***; por tanto, no las regula y no hay ocasión de que se produzca conflicto normativo alguno.

Si el enunciado nuevo no es retroactivo solo será aplicable a casos anteriores a su creación cuando otro enunciado jurídico lo disponga. Por ejemplo:

D1. (IR): Las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas a partir del 1 de enero de 2018 están exentas de tributar en el impuesto de sucesiones.

D2. (IR) es creada el 1 de enero de 2018.

D3. (N): (IR) será aplicable a las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas con anterioridad al 1 de enero de 2018.

(IR) no es un enunciado jurídico retroactivo puesto que su intervalo de subsunción comienza el mismo día de su creación, el 1 de enero de 2018. Su supuesto de hecho, por tanto, no se refiere a transmisiones hereditarias causadas antes de esa fecha. Sin embargo, (IR) será aplicable[20] a esas transmisiones hereditarias por la remisión de (N). Podemos decir, por tanto, que (IR) es aplicable retroactivamente a situaciones anteriores a su creación, a pesar de no ser un enunciado retroactivo.

Pero en estos casos la norma derogada no regula jurídicamente las situaciones de transición. Y tampoco lo hace la norma nueva (IR). El enunciado jurídico que realmente regula las situaciones de transición es (N) que se refiere a tales situaciones en su supuesto de hecho y, además, pertenece al Derecho en el momento de desplegar su eficacia. Por ello, no es necesario, ni correcto, referirse a (N) como *norma de resolución de conflictos intertemporales*, puesto que no resuelve conflicto alguno. Lo que hace es regular jurídicamente determinadas situaciones mediante la remisión a otros enunciados.

4.2.2. Normas derogadas y situaciones de transición: ¿Ultractividad de la norma derogada?

Los enunciados jurídicos como (N) no siempre remiten a normas nuevas la regulación de las situaciones de transición. A veces esa remisión se hace al propio enunciado derogado:

[20] En el sentido de *aplicabilidad externa* correspondiente a la distinción introducida por MORESO Y NAVARRO (MORESO y NAVARRO, 1996: 21-24). Estos autores recuerdan que para que un enunciado sea externamente aplicable no es necesario que pertenezca al sistema jurídico, puesto que es suficiente con que otro enunciado establezca que es aplicable.

E1. (U): Las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas a partir del 1 de enero de 2017 están exentas de tributar en el impuesto de sucesiones.

E2. (U) es derogada el 15 de diciembre de 2017.

E3. (N): (U) será aplicable a las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas antes del 15 de diciembre de 2017.

E4. (N) es creada el 15 de diciembre de 2017.

El hecho de que los efectos de (U) se disparen después de su derogación determina que este caso se identifique con una situación de *ultractividad*. De hecho, suele considerarse el ejemplo más típico de ultractividad (Suárez Collia, 2005: 177-178), en cuanto relativo a normas que, después de derogadas, siguen siendo aplicables a situaciones que se plantearon mientras tenían validez. Sin embargo, creo que resulta más adecuado denominar *enunciado ultractivo* al enunciado que se refiere a situaciones posteriores a su derogación (Hernández Marín, 2012: 256). El que un enunciado sea ultractivo depende, pues, del momento de su derogación y de su contenido referencial, concretamente del momento en que ocurre aquello a lo que se refiere, bien en su supuesto de hecho, bien en su consecuencia jurídica.

La mayoría de los enunciados derogados son ultractivos puesto que, si bien se limita su tiempo de pertenencia al Derecho, sus intervalos de referencia no están limitados en el tiempo, salvo indicación expresa en el propio enunciado. De este modo, tanto intervalo de subsunción como tiempo del efecto se prolongan más allá de la fecha de derogación. Así, por ejemplo, un enunciado jurídico que regule la compraventa se refiere, salvo indicación en contrario, a todas las compraventas que se realicen a partir de su entrada en vigor, indefinidamente; y esta circunstancia no cambia por el hecho de que sea derogado.

Que el enunciado derogado sea ultractivo, por tanto, es frecuente. Pero esto no cambia la consideración sobre la regulación jurídica de la situación posterior a la derogación. (U), a pesar de ser un enunciado ultractivo, es irrelevante para cualquier transmisión hereditaria posterior a su derogación, y nadie pondría en duda esta cuestión.

Y a la misma conclusión habría que llegar respecto a las transmisiones hereditarias de transición, es decir, las causadas antes de la derogación de (U). El enunciado ultractivo se refiere a estas situaciones, tanto como se refiere a las situaciones posteriores a la derogación y, además, será igualmente irrelevante para ellas tras ser privado de juridicidad. Sin embargo, en el ejemplo planteado, (U) despliega lo que podemos llamar una *eficacia ultractiva*, en cuanto que sus efectos van a producirse en un tiempo posterior a su derogación[21].

Evidentemente, esa eficacia *póstuma* de las disposiciones derogadas solo se puede explicar a partir de la remisión que (N), es decir, el Derecho actual, realiza a (U) para regular las situaciones de transición. Por tanto, (N) es el único enunciado jurídico que realmente regula esas situaciones.

[21] Sobre la distinción entre enunciados ultractivos y enunciados con efectos ultractivos (Hernández Marín, 2012: 256).

5. UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LOS CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERTEMPORALES

Según la versión del conflicto intertemporal de normas, cuando cambia la regulación de una situación puede surgir una colisión de normas aplicables respecto a las situaciones de transición. En ese caso, sería necesario recurrir a alguna metanorma que actúe como *criterio de resolución de conflictos intertemporales*. Es habitual en la doctrina estructurar estos criterios en dos tipos o categorías (ALBALADEJO, 2006: 189 y 190):

1.º Por un lado, las llamadas *normas de Derecho transitorio*, que regulan específicamente el tránsito de la ley antigua a la ley nueva.

2.º Por otro lado, y con un protagonismo muy destacado por diferentes motivos (DE CASTRO Y BRAVO, 2008: 720), el *principio de irretroactividad* o de *no retroactividad* de las leyes, según el cual la nueva ley no es retroactiva o no es aplicable retroactivamente.

5.1. Normas de Derecho transitorio

Son normas de Derecho transitorio los enunciados jurídicos que se refieren en su supuesto de hecho a las que hemos llamado situaciones de transición, es decir, aquellas situaciones acaecidas antes de la derogación del enunciado jurídico que hasta ese momento las regulaba. Dentro de estas normas de Derecho transitorio se pueden hacer también algunas distinciones:

a) Por un lado, las llamadas disposiciones transitorias en sentido estricto, que son aquellos enunciados pertenecientes a la ley nueva y que se refieren a situaciones de transición. Aunque en ocasiones las disposiciones transitorias son calificadas como *normas de colisión* o *normas de conflicto*, no siempre les resulta aplicable esta denominación. Algunas de ellas regulan directamente las situaciones de transición, estableciendo los efectos que el legislador ha considerado oportunos y que son diferentes tanto de los previstos por la ley antigua como de los establecidos por la ley que la sustituye para las situaciones nuevas del mismo tipo. Las normas de conflicto intertemporal propiamente dichas serían, más bien, aquellas disposiciones transitorias que regulan las situaciones de transición de manera indirecta, bien sea remitiendo a los efectos de la ley nueva, bien sea manteniendo las consecuencias previstas en la ley derogada. Así, por ejemplo, la disposición transitoria 1.ª del Código Civil remite a la legislación anterior al Código para la regulación de los derechos nacidos según las viejas leyes; y la disposición transitoria 4.ª del mismo cuerpo jurídico reenvía a la nueva legislación para la regulación del ejercicio de los derechos nacidos y no ejercitados antes del Código.

Reitero mi apreciación de que en estos casos no hay conflicto alguno: ni el enunciado derogado, ni el enunciado material de la ley nueva regulan jurídicamente la situación de transición. La disposición transitoria es el Derecho nuevo que regula jurídicamente la situación y que viene a sustituir al Derecho antiguo. Las razones ya las expuse en el apartado anterior: el enunciado derogado ya no es Derecho y ya no está en condiciones de regular jurídicamente nada; el enunciado material de la ley nueva, aunque es Dere-

cho, si no es retroactivo, no se refiere a situaciones anteriores a su creación y, por tanto, no regula jurídicamente esas situaciones, solo se refiere a las situaciones nuevas y, por tanto, solo regula jurídicamente estas últimas. Además, sería conveniente recordar que:

— El enunciado nuevo no es retroactivo por el mero hecho de que la disposición transitoria remita a dicho enunciado para la resolución de los casos anteriores a su creación.

— Si el enunciado nuevo fuera retroactivo, es decir, si en su supuesto de hecho se señalase como comienzo del intervalo de subsunción un tiempo anterior a su creación, la disposición transitoria no sería necesaria, puesto que las situaciones de transición ya estarían reguladas por el enunciado nuevo retroactivo. Y en este caso tampoco habría conflicto entre Derecho viejo y Derecho nuevo, simplemente el enunciado nuevo regularía la situación y el enunciado viejo no. Una disposición transitoria que remitiera al Derecho nuevo sería superflua.

— Si el enunciado nuevo fuera retroactivo y también hubiera una disposición transitoria que remitiera al enunciado derogado para la regulación de las situaciones de transición nos encontraríamos ante un auténtico conflicto normativo. Pero no entre el enunciado de la ley vieja y el enunciado jurídico nuevo, sino entre el enunciado material nuevo y la disposición transitoria, puesto que: 1) ambos pertenecen al Derecho en el mismo momento; 2) ambos regulan la misma situación (ambos son retroactivos), y 3) ambos establecen consecuencias opuestas. Por supuesto, para resolver ese conflicto no sería posible acudir como criterio de resolución a la propia disposición transitoria, actuando como norma de conflicto intertemporal, puesto que no puede ser la solución al ser «parte del problema». Tendrá que ser otro el criterio empleado (jerárquico, cronológico, especialidad).

b) Por otro lado, las que podemos llamar *normas de remisión intertemporal* que se refieren, en general, a cualquier cambio de regulación jurídica de una situación y remiten, bien a la ley nueva, bien a la ley derogada, para establecer las consecuencias del supuesto que regulan. Este es, por ejemplo, el caso del art. 2.2 del Código Penal que se refiere a cualquier modificación de una ley penal cuando la sanción impuesta por la nueva ley sea más favorable para el reo. Este precepto dispone que las situaciones de transición sean disciplinadas, en ese caso, por la nueva ley[22]. También la doctrina civil se ha mostrado partidaria de interpretar las disposiciones transitorias del Código Civil, por lo menos las de alcance más general (disposiciones transitorias 1.ª a 4.ª), como normas de remisión intertemporal, y no solo como disposiciones transitorias[23].

Las normas de remisión intertemporal contemplan situaciones genéricas de transición en la previsión de una falta de regulación *ad hoc* de las mismas en el Derecho nuevo, es decir, a falta de una disposición retroactiva que supla el vacío dejado por el Derecho derogado. Organizan esas situaciones de transición remitiendo, bien al contenido de un enunciado derogado, bien al de la disposición que lo sustituye. Ni el enunciado derogado ni el enunciado nuevo regularán jurídicamente la situación de

[22] La remisión a la norma sancionadora más favorable como criterio de resolución de conflictos temporales se encuentra explícitamente recogido en la jurisprudencia constitucional (STC 32/1987, de 10 de marzo).

[23] Sobre la aplicabilidad de las disposiciones transitorias del Código Civil a las reformas del Código producidas con posterioridad a su publicación (Díez-Picazo y Gullón, 2003: 123); así como jurisprudencia que las interpreta en este sentido (p. ej., STS de 16 de abril de 1991, RJ 1991/2718).

transición. El enunciado derogado no regula jurídicamente nada, puesto que ya no es un enunciado jurídico; el enunciado nuevo no regula jurídicamente la situación transitoria, porque no es retroactivo, aunque sea aplicable retroactivamente. La regulación jurídica de esas situaciones la afronta única y exclusivamente la norma de remisión intertemporal.

5.2. El principio de irretroactividad

El principio o criterio de irretroactividad del Derecho se formula habitualmente como una limitación de la influencia del Derecho nuevo en el pasado: los efectos de los enunciados jurídicos nuevos no deben extenderse al pasado, es decir, a las situaciones de transición. Además, cuando el Derecho nuevo sustituye al antiguo, el principio de irretroactividad implica que la ley derogada siga rigiendo las situaciones de transición. Esto supone una interpretación del principio de irretroactividad como un auténtico criterio de resolución de conflictos normativos, que permite seleccionar la norma aplicable entre varias que colisionan.

Formulado explícitamente como criterio de resolución de conflictos, el principio de irretroactividad supone que entre dos normas aplicables a una misma situación, con efectos jurídicos incompatibles, será preferible aquella que no sea aplicable retroactivamente.

Dejando aparte formulaciones apriorísticas, la regla de irretroactividad tendrá el alcance y la función que pueda extraerse de la expresión o expresiones positivas que de la misma ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos. La presencia en los mismos de diversas variantes de esta regla, con mayor o menor alcance, está conectada con la idea de *limitación de la retroactividad*. Por eso, en el análisis del principio de irretroactividad una parte destacada está destinada a la función limitadora, en la que cobra especial importancia la referencia a la *seguridad jurídica*, junto con la exégesis de sus manifestaciones positivas, a través de las restricciones constitucionales y legales a la retroactividad.

En el análisis funcional de las manifestaciones positivas del llamado principio de irretroactividad es necesario distinguir dos variantes:

a) La irretroactividad entendida en el sentido de *control de retroactividad*, es decir, como delimitación de los casos en los que la retroactividad del Derecho nuevo no es correcta, válida, lícita o admisible. En nuestro ordenamiento jurídico ese papel lo desempeña, fundamentalmente, el art. 9.3 de la Constitución: «La Constitución garantiza [...] la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

b) La irretroactividad entendida en el sentido de *preferencia por la no retroactividad*, reflejo de la configuración de la retroactividad como algo excepcional en el Derecho. Esta función le corresponde a disposiciones como el art. 2.3 del Código Civil: «Las leyes no tendrán efectos retroactivos, si no dispusieren lo contrario».

Ambas variantes del principio de irretroactividad establecerían un marco de restricción genérica de la retroactividad, operando a favor de la preservación del *statu*

quo, como garantía de la seguridad jurídica. Mientras que la segunda disposición establecería la *preferencia general por la irretroactividad* para todo Derecho nuevo, preferencia que, por supuesto, admitiría excepciones, la norma constitucional supone un *control de la retroactividad* por medio de una prohibición específica que no tolera excepción alguna.

5.2.1. La prohibición de retroactividad en la Constitución

El art. 9.3 CE es usado por el Tribunal Constitucional para justificar juicios de constitucionalidad sobre disposiciones legales. Esto parece concordar con el sentido que habitualmente se le atribuye: los enunciados retroactivos que establezcan sanciones no favorables o que restrinjan los derechos individuales son nulos. Se puede hablar de límite a la retroactividad porque invalida determinados enunciados retroactivos: aquellos que regulan situaciones que hayan tenido lugar antes de su creación, atribuyéndoles los efectos perjudiciales que la norma constitucional indica.

En principio, solo los enunciados retroactivos están sujetos a la prohibición. Sin embargo, una disposición sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales no retroactiva también podría incurrir en retroactividad ilícita si una disposición transitoria, u otro tipo de norma de remisión, estableciese su aplicabilidad externa a una situación anterior a su creación. Es lógico suponer que el control de retroactividad del art. 9.3 CE también obstaculiza esa retroactividad, negando la aplicabilidad externa del enunciado sancionador desfavorable o restrictivo de derechos individuales, aunque este mismo no sea un enunciado retroactivo. Es posible que para hacer efectiva esa limitación sea necesario declarar la nulidad de la disposición transitoria o de la norma de remisión[24].

En definitiva, la prohibición de retroactividad constitucional no solamente supone un control de enunciados retroactivos, sino de cualquier enunciado que resulte aplicable retroactivamente cumpliendo los criterios materiales para someterse al control previsto.

Pero ¿este control de retroactividad es un criterio que resuelve un conflicto entre dos enunciados jurídicos sucesivos? Muchos lo han entendido así. Esto es, si para una conducta **C** regulada por **N1**, este enunciado establece una determinada sanción y, posteriormente, **N2** sustituye a **N1** estableciendo para **C** una sanción más grave que la dispuesta por el enunciado jurídico anterior derogado **N1**, podría decirse que se produce un conflicto normativo entre **N1** y **N2** respecto a la regulación de una situación de transición ***c*** que es instancia particular de **C**. La solución de este conflicto, por medio de la prohibición de retroactividad, justificaría la opción por una de las disposiciones en liza: la norma no retroactiva. Es una tesis que además se considera lógica, puesto que si el enunciado nuevo no se aplica, se tendrá que aplicar el derogado ya que, de otro modo, se dejaría la situación de transición sin regulación.

[24] Con lo que entiendo que sí que tiene utilidad distinguir la noción de «aplicable retroactivamente», a pesar de que, como indica HERNÁNDEZ MARÍN, sea «rechazable atribuir algún tipo de retroactividad a enunciados jurídicos que carecen de ella» (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 255).

Pero ¿es este el planteamiento correcto? Para responder a esta cuestión creo que es necesario distinguir primero las dos situaciones que pueden surgir:

a) Una primera situación es aquella en la que **N2** no es aplicable retroactivamente puesto que solo se refiere a las situaciones ocurridas a partir de su entrada en vigor. En este caso, que **N2** no sea retroactivo no es una consecuencia de la prohibición constitucional de retroactividad. **N2** no es retroactivo porque su intervalo de subsunción no comienza antes de su creación y ninguna otra disposición jurídica establece que sea aplicable a situaciones anteriores a su creación. Las situaciones de transición no son, por tanto, reguladas jurídicamente por **N2**, pero tampoco lo son por **N1** a partir del momento de su derogación, puesto que ya no es un enunciado jurídico y no es apto para regular nada.

b) La segunda situación se da cuando **N2** es un enunciado retroactivo, es decir, su intervalo de subsunción comienza antes de su creación. La prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE, en cuanto establece la incorrección de los enunciados legales retroactivos de ese tipo, puede dar lugar a la anulación de **N2**. Si **N2** es efectivamente anulado, las situaciones de transición no serán reguladas por esta disposición, puesto que **N2** no será un enunciado jurídico. ¿Quedan en este caso las situaciones de transición sin regulación jurídica? En realidad, no hay una solución homogénea para todas las situaciones posibles:

b.1) Puede ser que al anular **N2**, **N1** recupere la pertenencia al Derecho, cosa que ocurriría si **N1** hubiera sido objeto de derogación tácita por incompatibilidad con **N2**, o si la completa ley de la que forma parte **N2**, incluyendo sus disposiciones derogatorias, fuera anulada. En este caso, no cabe duda de que **N1** regularía jurídicamente ***c***, después de la anulación de **N2** puesto que es aplicable internamente a ***c*** (siempre lo habría sido) y, además, seguiría siendo un enunciado jurídico, puesto que la eficacia *ex tunc* de la nulidad provoca la irrelevancia de lo que no habría sido más que una apariencia de derogación.

b.2) Otra posibilidad es que una disposición del Derecho actual —**N3**—, distinta de las dos anteriores, remita a **N1** estableciendo su aplicabilidad externa, por ejemplo, estableciendo la aplicabilidad a una situación de transición de la norma penal más beneficiosa para el reo, cuando esta es la norma derogada. En este caso, **N1** no volvería a regular jurídicamente ***c***, pero sí que debería ser aplicado (externamente) a ***c***. En definitiva, las situaciones de transición no quedan en este caso sin regulación porque en el Derecho actual sigue habiendo un enunciado jurídico que se refiere a ellas para disciplinarlas (**N3**).

b.3) Por último, si la derogación ha sido efectiva y ningún enunciado jurídico actual reclama la regulación de las situaciones de transición, la explicación más simple y, probablemente, la más sensata es entender que tales situaciones han quedado sin regulación. Y ello a pesar de que un atávico *horror vacui* jurídico nos pretenda atraer con la sugestión de un pretendido *conflicto normativo resuelto*.

5.2.2. La preferencia general por la irretroactividad del Derecho nuevo

Es frecuente entre los autores que se han ocupado de la materia la afirmación de que el art. 2.3 del Código Civil no está dirigido al legislador, sino que tiene como des-

tinatarios a los jueces y tribunales, calificándolo en muchas ocasiones como *norma de interpretación* (LÓPEZ MENUDO, 1991: 459).

La habitual carencia de referencias temporales internas en los enunciados jurídicos, junto con la necesidad de una labor interpretativa para integrar su sentido total y, con él, el conjunto completo de sus referencias temporales, determina que, en la mayoría de los casos, haga falta esa operación de interpretación integrativa para saber cuándo comienzan los intervalos de referencia de un enunciado jurídico. Como ya se dijo en su momento, el elemento clave en esta labor de integración es la *fecha de entrada en vigor* que muy frecuentemente opera como momento de inicio del intervalo de subsunción. Puesto que esta fecha es, salvo que se indique otra cosa, posterior a la fecha de creación de las leyes, la retroactividad de los enunciados del Derecho es algo que no cabe presumir.

El art. 2.3 del Código Civil no haría otra cosa que incidir en esa conclusión interpretativa (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 252). Un enunciado jurídico solo se aplica a las situaciones ocurridas a partir de su entrada en vigor, a no ser que el propio enunciado disponga expresamente un inicio de su intervalo de subsunción distinto, o bien otro enunciado jurídico (disposición transitoria o norma de remisión intertemporal) disponga su aplicación a situaciones de transición. La regla de irretroactividad del art. 2.3 del Código Civil establece que los enunciados jurídicos que no son retroactivos no son aplicables retroactivamente a menos que otra disposición establezca su aplicabilidad retroactiva (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003: 117). Es decir, un enunciado jurídico no será aplicable retroactivamente..., a menos que sea aplicable retroactivamente (ya sea interna o externamente). Esta descripción pondría de manifiesto el carácter superfluo de este límite a la retroactividad entendido como criterio de interpretación.

Para superar este reparo, se ha planteado la posibilidad de describir el art. 2.3 del Código Civil como una prohibición de aplicar retroactivamente disposiciones no retroactivas (y no aplicables retroactivamente). Habría que preguntarse si, en caso de que fuera posible tal interpretación prescriptiva, añadiría algo a la obligación de los jueces de aplicar el Derecho al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción. Los enunciados no retroactivos no son aplicables retroactivamente a no ser que una norma de Derecho transitorio establezca su aplicabilidad retroactiva, y los jueces no deben aplicar, para cumplir su función jurisdiccional, Derecho que no sea aplicable.

El Tribunal Constitucional, que emplea el principio de irretroactividad como regla para la anulación de disposiciones legales retroactivas perjudiciales cuando se someten a control las leyes objeto de recurso o cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, ha venido empleando el mismo principio de irretroactividad como prohibición de aplicación retroactiva de normas sancionadoras desfavorables cuando se trata de resolver recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales que han aplicado retroactivamente normas penales desfavorables[25]. En este caso, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no tiene por objeto anular un precepto legal retroactivo, sino la decisión judicial que aplica retroactivamente un precepto penal que no es retroacti-

[25] STC 234/2007, de 5 de noviembre (Sala 1.ª): «La prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable, en perjuicio del reo [...] significa que queda absolutamente prohibido aplicar una Ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor».

vo. Y para justificar esa anulación suele hacer mención a la prohibición de retroactividad que entiende incorporada en el art. 25.1 CE, como parte del principio de legalidad penal. De acuerdo con esta interpretación, para el Tribunal Constitucional una parte del sentido del art. 25.1 CE sería que los jueces y tribunales no pueden aplicar retroactivamente normas penales desfavorables.

La justificación del carácter superfluo de este mandato abunda en lo ya dicho respecto a la interpretación prescriptiva del art. 2.3 del Código Civil : los jueces deben resolver aplicando el Derecho que regula la situación enjuiciada, y un enunciado jurídico no retroactivo no regula las situaciones anteriores a su creación. Siempre podría argumentarse, claro está, que el art. 25 CE presenta el valor añadido de su calificación como *derecho fundamental*, por su ubicación en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª, y la consecuente protección especial ante su vulneración, incluyendo el recurso de amparo ante el propio Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) (SUÁREZ COLLÍA, 2005: 65). Pero no debemos olvidar que también el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental (art. 24 CE), uno de cuyos contenidos básicos consiste en que los jueces resuelvan los casos que se les planteen conforme a Derecho.

En definitiva, el principio de irretroactividad, en su faceta de preferencia por la no retroactividad, no supone un auténtico límite ni una restricción a la retroactividad de los enunciados jurídicos. No es más que la afirmación general de una situación habitual: que los enunciados jurídicos normalmente se refieren a situaciones posteriores a su creación. De este modo, resulta evidente que no es un criterio que dirima conflicto alguno. No dice qué enunciado se tiene que aplicar, ni tampoco cuál no se debería aplicar retroactivamente. No dice que un enunciado no pueda ser retroactivo. Pero tampoco dice que un enunciado no retroactivo no sea aplicable retroactivamente, puesto que será aplicable retroactivamente si otro enunciado jurídico lo establece así. De este modo, interpretar la preferencia por la no retroactividad del nuevo enunciado jurídico como un mandato de aplicación de la norma derogada o como solución de un presunto conflicto intertemporal no deja de ser un exceso[26].

Entiendo, por tanto, que ni los enunciados jurídicos que consagran el principio de irretroactividad, ni los enunciados de Derecho transitorio son criterios o normas de resolución de conflictos puesto que no resuelven ningún tipo de conflicto normativo temporal entre el Derecho nuevo y el Derecho derogado. Y pienso, además, que existe una importante diferencia en cuanto a la función de unos y otros: mientras que los enunciados de Derecho transitorio son útiles para colmar las posibles lagunas normativas sobrevenidas por el cambio de legislación, en cuanto integran en su supuesto de hecho a las situaciones de transición que antes regulaba la norma derogada, los enunciados que consagran el principio de irretroactividad no sirven para eso, sino que, a lo sumo, solo dejan constancia de la existencia de tales lagunas e incluso, en el caso de la prohibición de retroactividad, pueden llegar

[26] Como reflejo de estos excesos en alguna sentencia del Tribunal Supremo se dice que el principio de irretroactividad conlleva «aplicar la ley vieja salvo que la nueva ofrezca un inequívoco carácter retroactivo» (STS de 25 de mayo de 1995).

a generarlas. Y es que su función no es la de indicar cuál es el derecho aplicable a las situaciones de transición, sino la de limitar la retroactividad en tanto incidencia de la ley nueva en el pasado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J., 1995: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México: Distribuciones Fontamara.

ALBALADEJO, M., 2006: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Madrid: Edisofer.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1991a: «Von Wright y la filosofía del Derecho», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 69-102.

— 1991b: «La concepción expresiva de las normas», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 121-154.

— 1997: S*obre la existencia de las normas jurídicas*, México: Distribuciones Fontamara.

BULYGIN E., 1991a: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, núm. 9, 257-279.

— 1991b: «Teoría y técnica de legislación», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991, 409-425.

— 1991c: «Tiempo y validez», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 195-214.

DE CASTRO Y BRAVO, F., 2008: *Derecho Civil de España I*, Madrid: Thomson Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., 2003: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. M., 1990: *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas.

FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L., 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

GARCÍA VALDECASAS, G., 1983: *Parte General del Derecho Civil Español*, Madrid: Civitas.

GUASTINI, R., 1987: «In tema di abrogazione», *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano: Giuffrè, 3-31.

— 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli.

— 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons.

— 1999: *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

— 2000: «El proceso de creación del Derecho», *Doxa*, núm. 23, 449-463.

— 2012: C*ompendio de Filosofía del Derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., y SARTOR, G., 1999: «Time and norms: a formalisation in the event-calculus», *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York.

KELSEN, H., 1968: «Derogation», *Die Wiener rechtstheoretische Schule,* vol. 2, Europa, Anton Pustet-Salzburg-München: Verlag Wien-Frankfurt-Zürich-Universitätsverlag.

MORESO, J. J., y NAVARRO, P., 1996: «Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche», *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici. Analisi e Diritto*, Torino: Giappichelli, 15-35.

PEÑA FREIRE, A., 1999: «Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 99-119.

— 2001: «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», *Analisi e diritto*, Giappichelli, 193-230.

SANTAMARÍA PASTOR, L. A., 1988: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

SUÁREZ COLLIA, J. M., 2005: *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

VON WRIGHT, G. H., 1979: *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Trad. de Pedro García Ferrero, Madrid: Tecnos.

TÉCNICA LEGISLATIVA DEL FEMINICIDIO Y SUS PROBLEMAS PROBATORIOS*

Carmen VÁZQUEZ**

Universitat de Girona
carmen.vazquez@udg.edu

RESUMEN. En muchos países latinoamericanos se ha establecido el delito de «feminicidio» o «femicidio»; sin embargo, pese a usar la misma etiqueta, los hechos que se consideran jurídicamente relevantes en cada país son distintos. En atención a ello, esos tipos penales latinoamericanos pueden clasificarse considerando la importancia que parecen atribuirle a la prueba de las motivaciones del hombre acusado de matar a una mujer por *razones de género*. Dados los distintos escenarios resultantes a partir de esa clasificación, los problemas probatorios que se enfrentan en la aplicación del feminicidio en cada regulación nacional son sumamente diversos. Así pues, este artículo analiza la interrelación entre el modo en que se formulan las normas penales sustantivas y los problemas probatorios que surgen en su aplicación.

Palabras clave: feminicidio, prueba, razones de género, estereotipos de género, prueba de los estados mentales, razonamiento probatorio.

The legislative technique in the feminicide and its evidential problems

ABSTRACT. In many Latin-American countries the feminicide as a type of crime has been codified, but notwithstanding the same «label» has been used, the material facts are different in each country. If we consider such differences, those regulations could be classified according to the relevance given to the *gender grounds* of a man-accused to kill a woman, which is reflected on the facts that should be proven. Given the different scenarios that arose, the evidence and proof problems are really different in each legal system. So, this paper analyzes the interrelation between the substantive law on the feminicide and the evidence and proof problems that emerge in its application.

Keywords: feminicide, gender-grounds, gender stereotypes, mental states and their evidence and poof, evidential reasoning.

---

* Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2019.

** Agradezco la atentísima lectura y todos los comentarios que hicieron a un borrador de este trabajo a: Arturo BÁRCENA, Diego DEI VECCHI, Marianela DELGADO, Daniel GONZÁLEZ LAGIER y Jordi FERRER. También agradezco todos los comentarios y preguntas de los asistentes a dos eventos donde presenté este trabajo: primero, el «Seminario Iberoamericano: Nuevo paradigma del derecho. Abogar y juzgar en el siglo XXI», especialmente a Juan Antonio GARCÍA AMADO; y, segundo, el *workshop* «Fundamentos filosóficos del derecho procesal», en la Universidad de Chile.

Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «Seguridad Jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), del Ministerio español de Economía y Competitividad.

1. INTRODUCCIÓN

Hay muchos datos de muy diverso tipo que avalan que la estructura social a nivel mundial ha sido construida en relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, algunas de ellas dando lugar sistemáticamente a estremecedores casos de violencia variopinta contra las mujeres. Tal es la situación, que al menos algunos aspectos de las relaciones entre hombres y mujeres ya no son considerados como una mera cuestión particular, sino como un grave problema social identificado como «violencia de género»[1]. En ese escenario se han incentivado políticas y generado un cúmulo de legislación, tanto a nivel nacional como supranacional[2], con el objetivo de prevenir, perseguir, disminuir y/o erradicar todo tipo de violencia contra la mujer[3].

Una parte de las políticas contra la violencia de género se han implementado a través de los códigos penales[4], creando nuevos delitos cuyo sujeto de protección somos exclusivamente las mujeres, previendo agravantes cuando el tipo delictivo se comete contra una mujer o excluyendo de diversos beneficios al culpable cuando la víctima ha sido una mujer[5]. Quizá el ejemplo paradigmático en todo este movimiento lo constituye en Latinoamérica el delito de feminicidio, en un escenario donde las mujeres mueren no solo en manos de sus parejas, sino que son víctimas constantes de hombres con los que tienen relaciones interpersonales no amorosas o incluso de desconocidos.

Los números alarmantes que muestran las estadísticas sobre la muerte de mujeres en ciertos lugares, la presión de las víctimas de estos actos atroces o de sus familiares[6],

---

[1] El término «violencia» a estos efectos ha pasado de estar vinculado al uso de la fuerza física a una concepción mucho más amplia que cada vez incluye más actos como violentos. Actualmente la mayoría de las legislaciones relevantes al respecto aluden a la violencia económica y/o patrimonial, la violencia psicológica y/o emocional y hasta la llamada violencia simbólica. Así, por ejemplo, el legislador salvadoreño definió a esta última en los siguientes términos: «Son mensajes, valores, iconos o signos que transmiten y reproducen relaciones de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales que se establecen entre las personas y naturalizan la subordinación de la mujer en la sociedad» (art. 9.G de la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres).

[2] Por ejemplo, en 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Por su parte, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó en 1994 la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (conocida como «Convención de Belém do Pará»). En Europa, en el 2011, por ejemplo, se aprobó la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica, conocida como la Convención de Estambul.

[3] A la vez que esta idea se ha ido transformando en una conciencia social que ha generado un extenso trabajo de todo tipo. Sin embargo, «a pesar de su importancia y su amplia utilización, la noción [de violencia de género] está lejos de ser precisa y unívoca: en la literatura a menudo se confía a una comprensión casi intuitiva o caracterizada en términos de fuerte carga político-ideológica, raramente acompañada de claridad conceptual» (Poggi, 2017: 51).

[4] En algunos países se han creado normativas especiales que buscan regular de maneras muy diversas acciones contra la violencia de género y en las cuales se han incorporado reglas con efectos penales. *Vid.*, por ejemplo, la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres de El Salvador o la Ley contra el feminicidio y otras formas de violencia de Guatemala, etcétera.

[5] Por ejemplo, la prohibición de aplicar cierto tipo de atenuantes o de aplicar atenuantes en delitos graves o de invocar costumbres o tradiciones religiosas o culturales para justificar la violencia. Lo que está previsto desde 1993 en la «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer» de la ONU, art. 4.

[6] Cerezo Domínguez (2010: 48) trata específicamente este punto en relación con la violencia de género diciendo que «[a]unque en un principio las propuestas feministas estuvieron más bien encaminadas a hacer

las propias decisiones judiciales tomadas en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[7], etc., han llevado a los legisladores nacionales a crear un tipo diverso al homicidio cuando la víctima directa es una mujer. En algunos países esa modificación legislativa ha supuesto solo un cambio de «etiqueta» para nombrar de forma distinta hechos ya tipificados como delitos, otras veces ha supuesto además un incremento en las penas del tipo tradicional, otras ocasiones ha supuesto la identificación de circunstancias específicas generadoras de castigo penal, etcétera.

Debo advertir desde ya que no entraré a discutir si es conveniente (o no) regular la privación de la vida de mujeres como un delito más o menos autónomo al homicidio o al parricidio[8]. Me parece claro que ese complejo proceso donde convergen valores morales, intereses diversos y hasta cuestiones pragmáticas, depende claramente de cada país. Aunque, por supuesto, no niego el interés que tendría analizar el debate prelegislativo que dio lugar a la regulación y la justificación político-social del feminicidio en cada uno de los países. En todo caso, aquí me interesa analizar la regulación sobre el feminicidio existente, a efectos de resaltar que en su redacción se han descuidado en general las exigencias probatorias que surgen del tipo penal previsto y que en la práctica se convierten en *el* obstáculo para la aplicación de esas normas.

Quizá una de las grandes sorpresas que cualquier estudioso sobre el feminicidio puede llevarse es que muchas de las regulaciones que lo prevén no son taxativas, como se esperaría en la previsión de cualquier delito[9]. Ello ha supuesto, al menos en algunos países, un complejo casuismo judicial que termina operando el tipo penal con interpretaciones muy diversas, lo que ha contribuido a crear cierta inseguridad jurídica en la aplicación del derecho correspondiente. Por ello, también vale la pena advertir que el lector no encontrará aquí una colección de sentencias de los tribunales nacionales sobre casos de feminicidio, pues parece que tampoco los jueces tienen claros los criterios de interpretación vigentes sobre el tipo «feminicidio». Estamos, entonces, en un escenario complejo donde los problemas probatorios son a veces originados y otras enfatizados por el mal trabajo legislativo o las interpretaciones que del derecho sustantivo realizan los jueces.

El objetivo de este trabajo será identificar específicamente los hechos jurídicamente relevantes que serían objeto de prueba atendiendo al texto legislativo que prevé el feminicidio y, a partir de ello, mostrar debilidades o incluso graves problemas que terminan constantemente en un fracaso de la norma. El itinerario que seguiré para lograr lo anterior será: i) A partir del derecho penal sustantivo vigente en diversos países de

---

visible el problema social de los malos tratos hacia la mujer, una vez logrado este propósito su atención se concentró en exigir una tolerancia cero ante estas actitudes machistas». Para ello, habiendo tejido una red con los poderes estatales han podido introducir sus reivindicaciones a la agenda política resultando en «constantes reformas a los tipos penales y al consiguiente endurecimiento de las penas».

[7] A nadie escapa que tribunales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han constituido en fuentes del derecho nacional mediante la resolución de los casos que conocen, la mayoría de las veces generando nuevas interpretaciones del derecho nacional por parte de los poderes judiciales de los distintos estados.

[8] Puede verse un muy buen trabajo crítico sobre la creación del tipo penal en Argentina en BLOCH, 2014. Los argumentos presentados ahí bien podrían ser aplicables a cualquier sistema jurídico.

[9] Sobre la taxatividad en materia penal puede verse FERRERES, 2002, y SÁNCHEZ ORTIZ, 2012: cap. V.

Latinoamérica[10], distinguiré inicialmente dos tipos penales de feminicidio en atención a sus propiedades relevantes: aquellos que aluden exclusivamente a hechos externos y aquellos que incorporan ciertos hechos internos o psicológicos. ii) En aquellas legislaciones en donde parece cobrar relevancia jurídica la prueba de ciertos hechos psicológicos, distinguiré los casos en que hay una genuina obligación de probarlos y los casos en que, por el contrario, estos ya han sido adscritos por el legislador tornándolos irrelevantes probatoriamente. iii) En aquellos ordenamientos en los que el legislador ha adscrito hechos psicológicos del tipo «la mató por razones de género» o «dio muerte a una mujer por su condición de mujer», analizaré algunos problemas probatorios que tienen lugar cuando se pretende aplicar específicamente una de las causales previstas: la violencia sexual, y iv) Profundizaré en los problemas probatorios que se presentan en aquellas legislaciones donde se deben probar hechos psicológicos para la aplicación del feminicidio, *i. e.* cuando se debe probar efectivamente que un hombre privó de la vida a una mujer *por ser mujer*.

En mi opinión, un trabajo como el que pretendo realizar supone tres cuestiones. Primera, tomarse en serio el derecho penal sustantivo, atendiendo a la creación legislativa del derecho y no al casuismo judicial, evitando así trasladar todos los problemas de identificación del *thema probandum* únicamente al aplicador del derecho[11]. Segunda, tomarse en serio el análisis conjunto del derecho sustantivo *y* el procesal, advirtiendo los diferentes problemas probatorios que presentan los distintos modos de abordar sustantivamente un fenómeno. Y, finalmente, tercera, tomarse en serio la causa feminista para producir legislaciones con buena técnica legislativa, que no generen problemas probatorios irresolubles que al hacer inefectiva a la legislación terminan sin brindar la protección que se espera a las mujeres.

2. EL FEMINICIDIO: TIPOS PENALES DIVERSOS

El término feminicidio (o femicidio) pese a su corta existencia ha generado un amplio debate político-sociológico. Desde la aparición del término inglés, *femicide*, la causa feminista lo ha usado en diversos sentidos para llamar la atención sobre la muerte de mujeres en diversas circunstancias[12], en qué específicas circunstancias es dónde radica el debate. Así, por ejemplo, la conocida antropóloga Marcela LAGARDE (2008: 216), quien ha protagonizado debates sobre la traducción del término al castellano, considera que «feminicidio» «denomina al conjunto de violaciones de derechos humanos de mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres [...]

[10] No tengo la pretensión de ser exhaustiva, es decir, no analizaré todas y cada una de las legislaciones sobre el feminicidio en Latinoamérica, sino una especie de muestra significativa.

[11] Tanto por los estudiosos del derecho como por los propios operadores jurídicos, hay una escasa atención en la creación del derecho mientras se pone todo el foco en su aplicación. No siempre fue así, *érase una vez* en que la preocupación fundamental de los juristas residía en un cuerpo racional de leyes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013: 13).

[12] En 1976, ante el Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres, fue Diana RUSELL la primera persona en utilizar el término «*femicide*», vinculándolo directamente con la violencia de género. Luego en 1990, junto con Jane CAPUTI, publicó el artículo «Femicide: Speaking the Unspeakable», un hito en el tema. Como ya mencioné, ha habido una discusión sobre cuál sería el término correcto, si «femicidio» o «feminicidio». No entraré a discutir el término y, como el lector ya lo habrá notado, usaré la palabra «feminicidio».

es un genocidio contra mujeres». Para algunos autores, como MONÁRREZ (2002: 286), el feminicidio supone la subordinación total y la apropiación del cuerpo de una mujer por el hombre solo por el hecho de que esta es mujer o porque no lo es de forma adecuada. El Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe lo limita, en cambio, al asesinato de mujeres por razones de género. En el lenguaje ordinario se habla del asesinato de una mujer por razón de su sexo[13]. Sin embargo, todos estos conceptos y concepciones quedan jurídicamente en un segundo plano cuando tenemos un tipo penal que define las acciones que serán susceptibles de sanción en un proceso judicial.

Como bien afirma TARUFFO (1992: 92), «[e]n el proceso *es hecho* lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia [...] el hecho [...] no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. [...] Es precisamente *la dimensión jurídica* del hecho en la causa la que permite identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad»[14]. Si asumimos lo anterior y queremos «comenzar por el principio» el análisis de las cuestiones probatorias, es indispensable acudir a la legislación sobre el feminicidio en los diversos países donde se ha regulado para identificar los hechos con relevancia jurídica. En este punto, vale la pena recordar que el tipo penal delimita qué buscamos (o debemos buscar) los operadores jurídicos cuando miramos el mundo[15].

Los legisladores latinoamericanos han optado al menos por dos estrategias distintas para tipificar la privación de la vida de mujeres en ciertas circunstancias. Algunos países han optado desde hace tiempo por establecer un delito específico, el feminicidio[16], para sancionar este tipo de conductas, mientras otros países han preferido optar por el establecimiento de una *agravante* del homicidio. Entre los países que han optado por la primera opción (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Chile, México, Perú y más recientemente Colombia) hay algunos que han asumido una estrategia más bien tímida, como Chile[17], donde el feminicidio es una suerte de mera especificación del parricidio; y otros que han creado genuinamente un tipo autónomo, como Guatemala, por ejemplo.

Si atendemos a las distintas regulaciones que encontramos en los países de habla castellana en Latinoamérica que han regulado el tipo «feminicidio», las circunstancias

---

[13] *Vid.,* como reconocimiento de este uso, la RAE.

[14] Las cursivas son mías.

[15] Precisamente por ello no me queda nada claro cómo se pueden hacer estadísticas sobre el feminicidio comparando países cuyo tipo delictivo es tan diverso, como veremos a continuación. Una confusión en la que contribuyen el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la ONU que, en sus últimas estadísticas sobre el delito, compara la situación de diversos países sin advertir que los números *no están midiendo lo mismo*. Aún peor, las «notas técnicas» del análisis definen al feminicidio como «homicidios de mujeres de quince años de edad y más, asesinadas por razones de género», cuando no todas las legislaciones incorporan la idea de «razones de género». Pudiera ser que efectivamente están midiendo ese fenómeno ellos mismos con sus propios criterios, pero el gran problema es que los datos le son dados por los poderes judiciales de cada país, atendiendo a la manera en que el fenómeno está penalizado en cada uno de ellos. *Vid. https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio.*

[16] Puede verse un interesante informe sobre el origen de estas regulaciones y algunas de diferencias y deficiencias en GARITA VÍLCHEZ, 2012.

[17] Cfr. CORN, 2014. Vale la pena decir que existe a la fecha un anteproyecto de Código Penal nuevo en el que se prevé al feminicidio junto con los delitos de odio, incorporándose en el tipo el «rechazo o desvalorización del género», además de la relación de pareja. *Vid.* el art. 213.2.

que lo distinguirían del homicidio o el asesinato estarían constituidas por hechos externos perceptibles directamente mediante los sentidos o, por el contrario, se trata de hechos internos o mentales del autor del delito y, por ello, no perceptibles[18]. Veamos algunas legislaciones para ejemplificar esta diferencia.

Chile y Costa Rica siguieron la misma estrategia legislativa para introducir el feminicidio en su legislación penal: partir del parricidio. Así ambos especifican más o menos que: *quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho comete el delito de feminicidio*[19]. Parece claro, entonces, que a partir del texto normativo basta con probar la existencia de la relación entre la víctima y el victimario, además, por supuesto, de la privación de la vida de la primera en manos del segundo[20]. Por lo que no hay más que un cambio de etiqueta, a los mismos hechos que antes le llamaban «parricidio» ahora le llaman «feminicidio» cuando la víctima era pareja del victimario, siendo incluso la misma pena prevista[21]. Con ello, pareciera más bien que el derecho penal tiene en tal contexto un mero carácter simbólico o expresivo mediante el cual se explicita cierto interés especial del sistema jurídico en ese tipo de hechos[22].

Los problemas de este tipo de regulaciones del feminicidio no son probatorios[23], sino quizá más bien de corte político dado que la formulación normativa podría re-

---

[18] Este tipo de discusiones también han tenido lugar para otros tipos de delitos en el contexto de la violencia de género, en España, por ejemplo, *vid.* la STS 677/2018, donde se presenta todo un contexto de la discusión sobre si la dominación o el machismo son un elemento subjetivo del tipo penal del art. 153 CP (especialmente las 23 y ss.).

[19] En Costa Rica, la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, en su art. 21 establece que «se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no». Aunque, curiosamente, el Poder Judicial a efectos al menos de sus estadísticas creó lo que llaman «feminicidio ampliado» (distinguiéndolo del «feminicidio legal»), en el que se incluyen las muertes *violentas* de mujeres en donde no había una relación de matrimonio o unión libre, como en la relación de noviazgo, o a manos de exnovios o exmaridos, o las que ocurren por un ataque sexual o la producida por un proxeneta.

[20] Aunque hay propuestas que pretenden llevar el feminicidio más allá de la privación de la vida, por ejemplo, en Chile, Corn (2015), defiende que se debería legislar la circunstancia de feminicidio: «Por odio de género o en contexto de violencia de género, entendiéndose por este toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecte la vida, libertad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial de la mujer. Quedan comprendidas también las perpetradas desde el Estado o por sus agentes».

[21] *Vid.* el art. 390 del Código Penal chileno: «El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio».

[22] En Costa Rica, en cambio, los tribunales han interpretado de forma más compleja el tipo penal, añadiendo elementos inexistentes en la literalidad del texto. *Vid.*, por ejemplo, el Voto 2017-1058 de las 11:00 horas del 30 de agosto de 2017 del Tribunal de Apelación: «Exige esta normativa, que tanto el agresor como la víctima, mantengan una relación de pareja y a criterio de este Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, debe sumarse, que el homicidio se genere en virtud de las situaciones de poder, abuso y violencia generadas por la condición de vulnerabilidad de la mujer en un vínculo sentimental de esa naturaleza». Una crítica a este uso del derecho penal puede verse en Bloch, 2014.

[23] Entiéndase bien, quiero decir que no hay particulares problemas probatorios respecto del feminicidio que no estén ya presentes respecto del homicidio o el parricidio. Por supuesto, puede haber casos en los que se discuta si el acusado tenía la intención de matar a la víctima, como fue el bien conocido caso chileno de Nabila Rifo, donde el agresor terminó siendo absuelto de feminicidio porque la Corte Suprema consideró que no había pruebas suficientes sobre su intención de matarla.

sultar infraincluyente, dejando fuera casos que parecería políticamente adecuado que el legislador hubiese considerado. Por ejemplo, si un novio priva de la vida a su novia (con la que no convivía) bajo ninguna circunstancia se podría considerar como feminicidio, aun cuando bien podría tratarse de un caso de violencia de género; y, obviamente, quedan fuera también otro tipo de relaciones no amorosas que en muchos países del entorno sí que están previstas en el tipo penal. También podría ser supraincluyente si se defiende que la motivación del hombre que priva de la vida a una mujer debe ser relevante, pues este tipo penal solo considera la relación amorosa con independencia de los hechos mentales (o motivaciones) que llevarían al hombre a matar[24].

Por otro lado, si se pretende atender a la motivación del sujeto activo, hay que acudir a otro conjunto de regulaciones que, ampliando considerablemente el espectro de las relaciones conyugales y de concubinato, especifican que el feminicidio es la privación de la vida de una mujer *por su condición de mujer*, no por el mero hecho de haber sido pareja de su victimario. Así, por ejemplo, el art. 108B del Código Penal peruano lo define como «el que mata a una mujer *por su condición de tal*» en contextos como la violencia familiar, acoso sexual, abuso de relaciones de autoridad, etc. En una reciente sentencia peruana de un caso ampliamente conocido en el país, por su gran trascendencia mediática, se puede leer: «Para que la conducta del hombre sea feminicidio no basta con que haya conocido los elementos del tipo objetivo (condición de mujer, idoneidad lesiva de la conducta, probabilidad de la muerte de la mujer, creación directa de un riesgo al bien jurídico), sino que además haya dado muerte a la mujer "por su condición de tal". Para la configuración del tipo penal al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, se le agrega un móvil: el agente la mata motivado por el hecho de ser mujer. El feminicidio deviene así en un delito de tendencia interna trascendente»[25].

La literatura feminista tiene varias y diversas referencias sobre los estados mentales del hombre que le llevarían o podrían llevarle a matar a una mujer. Para empezar, las «creadoras» de la palabra feminicidio, Diana Rusell y Jane Caputi (1990), lo definieron como «el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de la mujer». En esa misma línea, la organización no gubernamental peruana Flora Trisán califica al feminicidio como un crimen de género que es realizado por agresores cuya intención es dominar, ejercer control y negar la autoafirmación de las mujeres como sujetos de derechos, a través del uso de la violencia. Sin embargo, calificaciones como esta se topan con un gran problema pues el tipo penal exigiría la prueba de esos estados mentales o psíquicos.

Si el feminicidio entonces, atendiendo a algo así como una interpretación originaria[26], supone alguno de los estados mentales aludidos, claramente el tipo penal chileno y el costarricense, pese a no presentar especiales dificultades probatorias, estarían

---

[24] De cualquier manera, esto podría ser discutido en sede de la racionalidad ética del legislador, si tal concepto se admite. La «racionalidad ética» sería uno de los niveles de racionalidad que se le exigiría al legislador, según Atienza (1997), además de la racionalidad lingüística, la jurídico-formal, la pragmática y la teleológica. *Vid.* un análisis crítico a la concepción de Atienza en Fernández Blanco (2018). Por otro lado, un trabajo muy interesante sobre la racionalidad ética de las leyes penales es Díez Ripollés, 2013: cap. IV.

[25] Sentencia núm. 43 de Ayacucho de 16 de febrero de 2018 dictada por la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Juzgado Penal Colegiado (caso *Arlette*), 67 y 68.

[26] Uso aquí la idea de interpretación originaria en sentido amplio para referirme al sentido que atribuían a la expresión las creadoras de la misma.

siendo infraincluyentes al dejar fuera un buen número de casos que sí incluyen ese concepto originario, y también supraincluyentes, al tratar como feminicidio los casos de muerte de parejas no basadas en esas motivaciones. Sin embargo, en cambio, tipos penales como el peruano causan serios problemas a la hora de identificar cuáles son los hechos que se deberán probar a efectos de subsumirlos en el tipo, pues para ello primero deberíamos saber qué quiere decir que el delito se cometió contra una mujer *por su condición de mujer*. Antes de ver qué hechos mentales están en el debate, veamos qué estrategias se han considerado para incorporarlos al razonamiento judicial.

3. LA ADSCRIPCIÓN, NO LA PRUEBA, DE LOS ESTADOS MENTALES EN EL FEMINICIDIO

Según GONZÁLEZ LAGIER (2005: 193 y ss.) hay dos maneras de entender la prueba de los estados mentales, esto es, dos concepciones o reconstrucciones acerca de qué es lo que hacemos cuando probamos estados mentales de una persona[27]: una cognoscitivista y otra no cognoscitivista. La concepción cognoscitivista asume que las intenciones de un sujeto pueden ser descubiertas mediante procesos inferenciales a partir de hechos externos del sujeto y, por tanto, nuestros juicios al respecto son susceptibles de verdad o falsedad. La concepción no-cognoscitivista, por el contrario, asume que las intenciones no se descubren, sino que se imputan a partir de ciertos criterios y, por ello, no se pretende describir lo sucedido internamente en la mente de un sujeto, no habiendo entonces un juicio susceptible de verdad o falsedad. Y esto sería así porque o no existen los estados mentales, o no pueden ser conocidos o no es necesario conocerlos en el proceso judicial.

Siguiendo lo anterior, en lo que sigue contrapondré los términos probar y adscribir. Si consideramos que la prueba está relacionada con la información de cuestiones empíricas comprobables a partir de las cuales se puede inferir directa o indirectamente la verdad o falsedad de unos hechos y, en cambio, la adscripción es una suerte de decisión que depende de cuestiones muy distintas a las antes nombradas, no hay forma de probar adscribiendo: o adscribimos o probamos. Entonces, si se sostiene que los estados mentales no existen o existiendo no tienen un carácter empírico, no cabría hablar de su prueba. Lo mismo sucedería si existen, pero no pueden ser conocidos. Así pues, para hablar de prueba de los hechos internos estos deberían existir, ser susceptibles de ser conocidos y, una cuestión adicional para el proceso, que sea jurídicamente relevante conocerlos. En efecto, podría ser el caso que el legislador no considere relevante su conocimiento, su prueba, en determinados tipos penales. Y es en este punto donde quiero, por ahora, profundizar.

Un interesante ejemplo sobre la irrelevancia jurídica de los estados mentales es el tipo penal que alude a la privación de la vida de una mujer por el hecho de ser mujer

[27] En realidad, GONZÁLEZ LAGIER analiza la prueba de las intenciones. Sin embargo, para lo que aquí me interesa creo que es factible aplicar su análisis al ámbito más amplio de los estados mentales, aun cuando no para todos estos se pueda predicar la racionalidad que el autor identifica para la justificación de las inferencias sobre la intencionalidad de los sujetos. Esto es así dado el desconocimiento o ausencia de criterios comunes generales para atribuir otros estados mentales, a diferencia de lo que sucede en la reconstrucción de la intención bajo una racionalidad de medios-fines.

en la legislación de El Salvador. Si bien el legislador salvadoreño definió al feminicidio como causarle la muerte a una mujer *mediando motivos de odio o menosprecio* por su condición de mujer, acudió después a la estrategia de especificar en qué condiciones se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer, todas ellas externas al estado mental del feminicida. Así, por ejemplo, según la legislación en comento, siempre que hubiese habido algún incidente previo de violencia contra la víctima por parte del acusado se asume que mediaron motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, lo mismo sucede cuando el autor se aprovechó de las condiciones de riesgo o vulnerabilidad de la víctima, etcétera[28].

Si tomamos en cuenta las propiedades relevantes del tipo definido en el citado artículo, pareciera pues que los motivos de odio o menosprecio a la condición de mujer son en realidad jurídicamente irrelevantes. El legislador salvadoreño pudo haber optado por decir explícitamente que el aplicador de la norma debe tomar en cuenta estas circunstancias y, a partir de las mismas y el conjunto de pruebas disponible, inferir una conclusión sobre el odio a la mujer, pero no lo hizo; por el contrario, legisló de tal manera que lo único que importa son las circunstancias (externas) en que se cometió el delito, no los estados mentales del sujeto activo[29]. Por ello, bien puede decirse que se trata más bien de una estrategia retórica del legislador que esconde una decisión política sobre la irrelevancia de los estados mentales y, con ello, elude cualquier problema probatorio sobre los mismos, lo único que habría que probar son hechos externos[30].

En términos probatorios cabría una interpretación más a través de las presunciones. Es decir, que el legislador en realidad está estableciendo una suerte de presunción *iuris tantum*. Siguiendo la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres del Salvador, concretamente el art. 45.*b)*, siempre que se pruebe que el autor se aprovechó de la vulnerabilidad física de la víctima, entonces se tendrá por probado que hubo odio o menosprecio a la condición de mujer. Sin embargo, planteado en términos presuntivos un tipo penal parece más bien incompatible con uno de los principios básicos del derecho penal: la presunción de inocencia. Efectivamente, en ausencia de prueba sobre el hecho presumido le estamos considerando culpable, no aportando

---

[28] Mientras la primera parte del art. 45 de la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres define el delito de feminicidio en los términos expuestos, apelando a los motivos de género, la segunda parte dice textualmente: «Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.

b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.

c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.

e) Muerte precedida por causa de mutilación».

[29] En esa línea, el legislador boliviano, con la creación del art. 252 bis en su Código Penal, hizo un mejor trabajo al definir al feminicidio en términos simples de «a quien mate a una mujer» en cualquiera de un listado de circunstancias.

[30] Algunos de esos hechos tienen en sí mismos dificultades probatorias. Quizá el más complicado es el identificado en el primer inciso, que hace referencia a «incidentes de violencia», dados los problemas probatorios que suele haber sobre todo en ciertos tipos de violencia, como la sexual. Este tipo de situaciones serán abordadas en el siguiente apartado.

pruebas suficientes para derrotar la presunción de inocencia. Aunado a que, evidentemente, estaríamos trasladando al menos parte de la carga de la prueba al acusado. Por ello, diría que interpretar en términos presuntivos la normativa correspondiente no es una estrategia exitosa y, si esto es así, me parece que la mejor manera de interpretar estas legislaciones es asumiendo que hacen un uso retórico de los estados mentales del sujeto activo, mientras que definen el tipo a partir de hechos externos.

Por otro lado, la legislación salvadoreña (al igual que las legislaciones chilena y costarricense) parece dejar fuera como sujeto pasivo a quien no haya nacido mujer. En este sentido, el legislador federal mexicano (también el colombiano)[31] amplió el panorama sobre el sujeto activo hablando de *razones de género*. En lo demás, el legislador mexicano, específicamente, siguió la misma línea que el salvadoreño y especificó explícitamente las circunstancias en las que se considera que existen razones de género[32].

Esta opción de técnica legislativa de los legisladores salvadoreño y mexicano quizá constituya un buen ejemplo de las siguientes líneas de García Amado (2000: 245): «No se trata de que con la pena se le reprochen al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que tienen ciertas expectativas»[33]. Ello cuadra con la dinámica moderna que parece concebir a los códigos penales como un tipo de códigos morales, donde se especifica sobre todo cuáles son las conductas que consideramos inadecuadas, casi con independencia de los efectos disuasorios que tradicionalmente buscábamos con el derecho penal.

En todo caso, cuando se adopta la técnica legislativa de hacer listados de las circunstancias externas constitutivas de las razones de género que activarían el tipo feminicidio se gana en taxatividad, pero se corre también el riesgo de que terminen siendo

---

[31] No deja de ser llamativa la opción del legislador colombiano que califica de feminicidio el asesinato de una mujer por su condición de mujer, en razón de su identidad de género u orientación sexual y en cualquiera de un listado variopinto de circunstancias. Por ello, la legislación colombiana pareciera ser una amalgama de todas las legislaciones al respecto.

Por otro lado, vale la pena mencionar que en México no hay una única legislación sobre el feminicidio, muchos estados de la República tienen una propia. En este trabajo consideraré la regulación federal, puede verse un cuadro comparativo de las diversas legislaciones en OCNF, 2018: 226 ss.

[32] El Código Penal federal establece en su art. 325 que comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

«I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo.

II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia.

III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima.

IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza.

V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima.

VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida.

VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público».

[33] En los últimos años se han incorporado en diversos códigos penales los llamados «delitos de odio» y hay varias discusiones interesantes sobre el tema que pudieran ser relevantes para el análisis del feminicidio; sin embargo, por razones de espacio no entraré en las mismas, sobre todo asumiendo que primero debemos analizar cuál es el rol de las motivaciones en las regulaciones sobre el delito que aquí se trata.

infraexcluyentes o supraincluyentes de situaciones que entrarían en el objetivo de la norma. Por ejemplo, la legislación mexicana considera que se privó de la vida a una mujer por razones de género si ha sido incomunicada por cualquier periodo de tiempo o si el cuerpo de la víctima es expuesto. ¿Por qué el legislador optó por tales circunstancias? En un contexto como el mexicano actual con una alta tasa de criminalidad en torno al narcotráfico, se ha convertido en una escena cotidiana, y no por ello menos repudiable, que se cuelguen en lugares públicos los cuerpos de los sicarios asesinados (aparentemente) muchas veces por sus rivales, pero ¿por qué la acción de colgar el cuerpo de un sicario es menos penada que la acción de colgar a una sicaria?[34].

Llegados a este punto, valdría la pena detenerse mínimamente en los listados que especifican causales del feminicidio pues las circunstancias previstas por los legisladores son sustantivamente muy diversas, lo que genera, a su vez, problemas probatorios variopintos en cada una de ellas. Así, algunas circunstancias son relativamente fáciles de probar, como la relación de parentesco o la exhibición del cuerpo de la víctima, mientras otras plantean serias dificultades probatorias, como la violencia de género o la violencia sexual. Precisamente aquellas circunstancias que incorporan hechos en sí mismos difíciles de prueba, como la violencia sexual, pudieran suponer un conflicto relacionado con los costos del error dadas las altas penas normalmente previstas para el feminicidio. Veamos someramente esta cuestión.

4. SOBRE LAS CAUSALES PARA ADSCRIBIR LOS ESTADOS MENTALES EN EL FEMINICIDIO

Las regulaciones sobre el delito de feminicidio oscilan en tres posibles escenarios: en las relaciones íntimas de pareja, en otro tipo de relaciones interpersonales y entre absolutos desconocidos. Las estadísticas disponibles parecen mostrar que en la mayoría de las ocasiones en que se priva de la vida a una mujer en circunstancias en las que los hombres *no* suelen ser privados de la vida es en las relaciones íntimas de pareja[35]. Cubrir de forma general este tipo de casos puede ser normativamente muy fácil, estableciendo que siempre que una mujer sea privada de la vida por su pareja será considerado feminicidio, como en el caso chileno. Sin embargo, como se dijo entonces, ese tipo genera problemas más de corte político cuando se pretenden incorporar las «razones de género».

También es posible que no solo se considere la relación entre la víctima y el victimario, sino que se limite todavía más el contexto que será jurídicamente relevante, *v. gr.*

---

[34] Por este tipo de situaciones se ha generado cierto debate en torno a la igualdad formal entre ambos sexos. No solamente el principio de igualdad, dado que el autor del delito solo puede ser un hombre, también puede dar pie para discutir si se vulnera (o no) el principio de proporcionalidad, dado el endurecimiento de las penas independientemente de la intensidad del ataque. En España, por ejemplo, la Ley de protección integral contra la violencia de género se llevó ante el Tribunal Constitucional precisamente por ambas cuestiones.

[35] En relación al Perú, *vid.*, por ejemplo, HERNÁNDEZ, RAGUZ, MORALES y BURGA (2018), donde también se alude a las estadísticas de otras latitudes. En alguna cita de dicho documento se dice que «la relación afectiva expone doblemente a las mujeres, dado que las construcciones sobre el amor, la relación de pareja, el hogar y la familia se aferran de falsas ideas de protección, cuidado y afecto que invisibilizan las señales de violencia machista y feminicida» (p. 6).

violencia previa de cualquier tipo en la pareja. Lo que parece no tener sentido es prever como una de las circunstancias en que se da el feminicidio la existencia de relaciones sentimentales entre víctima y victimario y, a la vez, como otra de las circunstancias (alternativa, no acumulativa) la de la violencia familiar, como en el ordenamiento mexicano. Lo mismo sucede con la circunstancia de la relación de confianza entre víctima y victimario: se establece que si había una relación de confianza entre la víctima y el victimario habrá feminicidio y que también lo será si hubo violencia u otro tipo de coacciones hacía la víctima por el sujeto de su confianza. En definitiva, si alguna de las causales (violencia familiar o escolar) ya está necesariamente incluida en otra (relación sentimental o de confianza), en realidad no son causales independientes y estamos ante serios errores de técnica legislativa. Este no es el escenario habitual en las regulaciones cuando se habla de las relaciones no amorosas, la mayoría de las veces se especifica que en ellas debe mediar violencia sexual, física o psicológica u otras circunstancias que en realidad terminan haciendo normativamente irrelevante la relación de confianza[36].

Entonces, cuando es normativamente irrelevante la relación de confianza o los hechos no tuvieron lugar en una relación íntima[37], lo que hay que probar son las circunstancias específicas en las que tuvo lugar el hecho delictivo (y no el tipo de relación que pudieran tener anteriormente la víctima y el victimario). En términos generales, esas circunstancias están referidas a los distintos tipos de violencia: sexual, física o psicológica; así, por ejemplo, si la víctima *presenta signos de violencia sexual*, en el caso mexicano, entonces será feminicidio. Y aquí la causal es susceptible de diversas interpretaciones: ¿Qué exactamente quiere decir «violencia sexual»? ¿Qué exactamente quiere decir que la víctima «presente signos» de violencia sexual?

Si usamos un argumento sistemático para interpretar el Código Penal Federal, donde se encuentra tipificado el delito de feminicidio, quizá haya que recurrir al título sobre los «Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual», donde se distingue el hostigamiento sexual, el abuso sexual y la violación. Considerando esos tipos penales, pareciera que la «presentación de signos» por la víctima solo se dará en algunos casos de violación, pero no en el hostigamiento y difícilmente se dará en casos de abuso sexual. Por lo que en realidad no sería en «cualquier tipo de violencia sexual», como estableció el legislador mexicano, sino solo aquella que deje signos en la víctima[38]. Y, si esto es así, entonces los problemas sobre la prueba son menores, porque sabemos qué se debe probar. Sin embargo, pareciera que los problemas políticos de esta interpretación son, por el contrario, mayúsculos, dado que el texto normativo sería infraincluyente: no toda violación deja signos y no todo delito sexual es una violación, se dejan fuera varios casos que deberían estar cubiertos por la norma.

Por otro lado, cuando el legislador mexicano ha dicho «signos de violencia sexual», ¿quiere decir que se haya *probado* que existió violencia sexual? O ¿basta que

[36] Excepto en el caso salvadoreño donde se exige que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

[37] Un problema adicional es la interpretación de «relación de confianza», en el párrafo anterior asumo una interpretación amplia de cualquier interrelación no amorosa. Quizá sería mejor distinguir entre relaciones estables y no-estables.

[38] Hay casos muy problemáticos que pareciera que quedan fuera, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales la víctima sobrevive supongamos a la asfixia a la que fue sometida con su propia almohada por parte de un acusado mientras otro le introducía cualquier objeto por vía vaginal sin dejar rastros de violencia sexual.

haya algún elemento de juicio a favor de esa hipótesis? Supongamos la primera opción, es decir, que se exige un nivel de prueba suficiente sobre la violencia sexual, ¿qué problemas probatorios encontraríamos en ese escenario? Por supuesto, hay muchos casos donde ha habido violencia sexual y no quedan rastros de ella; pero, en casos de tentativa de feminicidio contra el acusado, hay casos donde la prueba de la violencia sexual es el testimonio de la víctima, dado que se ha llevado a cabo en ausencia de otras personas. En ese tipo de casos, ¿será suficiente la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia?

Hay tesis jurisprudenciales aisladas en México donde se dice que en los delitos sexuales «se debe analizar la declaración de la víctima *en conjunto* con otros elementos de convicción, recordando que la misma es *la prueba fundamental*. Entre esos otros elementos se pueden encontrar dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, examinaciones médicas, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones»[39]. Dado el escenario que interesa aquí analizar, violaciones donde no hay signos físicos, dejemos de lado los testimonios y los exámenes médicos y centremos en un tipo de *razonamiento* mediante el cual podemos inferir un hecho a partir de otro[40].

Las pruebas circunstanciales o los indicios son precisamente el tecnicismo con el que se conoce a los hechos a partir de los cuales se infiere(n) otro(s)[41]. O dicho de manera más técnicamente correcta, son afirmaciones sobre determinados hechos a partir de las cuales inferimos otros hechos. También se les conoce como «pruebas indirectas», porque no prueban directamente el supuesto de hecho previsto normativamente, sino que llegar a él supone una serie de inferencias. Así, un testigo que viera disparar al acusado sería una prueba directa del hecho principal, mientras que una prueba que, por ejemplo, permitiera ubicar al acusado en la escena del delito, sería indiciaria porque hay que hacer varias inferencias para llegar a la conclusión «el acusado mató a la víctima». Es esa cadena de inferencias necesaria para llegar al supuesto de hecho previsto normativamente la que ha llevado a la doctrina a considerar que los indicios son más débiles que las pruebas directas, puesto que estas últimas no requerirían supuestamente de una actividad inferencial. Por ello, se dice, los indicios solo serían aplicables en ausencia de pruebas, negándose incluso el carácter de «prueba» a aquellos.

---

[39] Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.) Tesis Aislada (Constitucional, Penal). Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I.

[40] Subrayo «razonamiento» para dejar explícitamente de lado las reglas que establecen que a partir de la prueba de un hecho base se *debe* presumir otro hecho. Lo que serían las «presunciones» en sentido estricto, es decir, no dependientes del razonamiento del agente, sino establecidas como regla general. Tradicionalmente dichas reglas han sido establecidas por el legislador, aunque también pudieran ser establecidas por los jueces mediante la jurisprudencia. En todo caso, la etiqueta «presunción» es ampliamente problemática, con ella parece aludirse a un gran cúmulo de cuestiones. Puede verse un muy interesante trabajo al respecto en ALLEN (1980).

[41] En los países de tradición romano-germánica la distinción entre pruebas directas e indirectas se identifica como pruebas directas *vs.* indicios; en el *common law* como *direct evidence vs. circumstantial evidence*. Así, MURPHY (2003: 23) la define como «*[d]irect evidence is evidence which requires no mental process on the part of the tribunal of fact in order to draw the conclusion sought by the proponent of the evidence, other than acceptance of the evidence. Circumstantial evidence is evidence from which the desire conclusion may be drawn, but which requires the tribunal of fact not only to accept the evidence presented, but also to draw an inference from it*». Mientras ANDERSON, SCHUM y TWINING (2005: 380) insisten en que «*[i]t is a common error to treat circumstantial evidence as inferior to testimonial or real evidence*» cuando «*is the most common kind of evidence in legal proceedings*».

Si partimos de la ambigüedad del término prueba, vale la pena distinguir en qué sentido serían diferentes las «pruebas» y los «indicios». Si prueba quiere decir «elemento de juicio» o información a partir de la cual podemos hacer un juicio sobre la verdad o falsedad de la hipótesis, la distinción entre «indicios» y «prueba» es más bien de grado y no categórica. Esto significa que en ambos casos se requiere hacer inferencias y el punto clave radica precisamente en la fuerza de estas[42]. A modo de ejemplo, supongamos que un testigo afirma que ha visto disparar al acusado, el juez tiene que inferir que «el testigo ha disparado al acusado» a partir de la afirmación de aquel; aún más, el testigo efectivamente pudo haber visto disparar al acusado, y el juez en un caso de homicidio tiene que inferir además que la bala disparada fue la que privó de la vida a la víctima (habiendo podido ser el caso de que la víctima muriera de la impresión misma del ataque y el disparo solo hubiera rozado su cuerpo). Los hechos que pueden ser utilizados como premisas de inferencias sobre otros hechos dependerán del conocimiento científico, pero también, y quizá sobre todo, de las máximas de experiencia que utilizan los jueces; y, obviamente, cuáles son las máximas de la experiencia o los conocimientos relevantes dependerá del caso concreto.

Por otro lado, si usamos el término «prueba» como resultado probatorio, la diferencia entre pruebas e indicios se ha planteado como si las primeras fueran por sí mismas suficientes para probar los hechos, mientras los segundos no. Sin embargo, el punto problemático no es si se trata de una prueba directa o un indicio, la cuestión radica en la suficiencia de los mismos para satisfacer el estándar de prueba[43]. Por ejemplo, podemos tener dictámenes psicológicos o psiquiátricos que afirman que la víctima sufre de un «*shock* postraumático» por los hechos que ella narra y que son coincidentes con la declaración de la víctima realizada ante la policía y durante el juicio, pero ¿serían suficientes esos elementos de juicio? Ello dependerá básicamente de tres cuestiones: la fiabilidad de cada uno de ellos, el apoyo mutuo entre los distintos elementos y la exigencia probatoria establecida por el estándar de prueba. Esto último debería dar respuesta a la cuestión fundamentalísima en materia penal sobre cuándo se derrota la presunción de inocencia.

Dicho lo anterior, entonces, la distinción entre pruebas e indicios o entre pruebas directas e indirectas es más confundente que útil, pues oscurece los problemas reales que se deben afrontar siempre: la fuerza de las inferencias probatorias que permiten relacionar la información disponible sobre los hechos del caso con la satisfacción del estándar de prueba a partir de dicha información. Abordaré la primera cuestión en el siguiente apartado, por ahora me interesa abordar someramente aquí la segunda de las cuestiones, es decir, el estándar de prueba.

En el contexto penal mexicano actual, como en muchos otros sistemas, parece que opera el estándar más allá de toda duda razonable, es decir, que para derrotar la pre-

---

[42] Sobre el tema puede verse TARUFFO, 2008: 104 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: 53 y ss., y 195 y ss.; MURPHY, 2003: 23.

[43] La noción de «estándar de prueba», tradicional de los sistemas anglosajones, ha cobrado especial relevancia en los últimos años en nuestros sistemas. Hay un creciente interés en el tema sobre la suficiencia probatoria o la dosis de prueba exigida para tomar las distintas decisiones judiciales que conforman un proceso penal (civil, laboral, administrativo, etc.). Sobre el tema puede verse LAUDAN (2006), GASCÓN (2012) y, sobre todo, FERRER (2018).

sunción de inocencia las pruebas tienen que satisfacerlo. Pero desde un punto de vista teórico nada impone, sin embargo, que ese sea *necesariamente* el estándar de prueba que se deba usar para resolver todos los casos penales. En otras palabras: para derrotar la presunción de inocencia como regla de juicio es indispensable tener un estándar de prueba, pero aquella en sí misma no supone un nivel de exigencia probatoria determinado (Ferrer, 2016: 267), la presunción de inocencia obligaría a absolver cuando haya duda sobre la satisfacción de un estándar, pero nada dice sobre cuál debería ser el estándar. Por ello, bien podría ser que legislativamente se decidiese bajar el estándar de prueba en los casos donde se esté juzgando un delito sexual realizado en circunstancias tales de clandestinidad que no suelan *existir* más pruebas que la declaración de la víctima[44].

Hay razones diversas que pueden aconsejar establecer un estándar de prueba a un nivel de mayor o menor exigencia. La gravedad de la pena (y el coste de imponerla erróneamente a un inocente) aconsejan subir el estándar. Las dificultades probatorias del tipo de casos aconsejan bajarlo[45]. Si bien pudieran considerarse otros elementos para el establecimiento del estándar de prueba, por ejemplo, la trascendencia que socialmente le damos a ciertas atrocidades, es imposible no considerar la importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica. Dicho lo anterior, el problema en el modo que está tipificado en algunas legislaciones el feminicidio es que se le atribuyen penas muy altas y, en cambio, se utilizan causales que anticipan graves problemas probatorios.

En esa situación podría ser que, al menos para *algunas causales* del feminicidio, el estándar de prueba aconsejable sea más bajo y se considere, por tanto, que la presunción de inocencia se derrota con menos prueba. Entiéndase bien, no todo caso de feminicidio aconsejaría un estándar de prueba más bajo, sino solo aquellas causales previstas por el legislador que supongan hechos en sí mismo difíciles de probar. Sin embargo, entra aquí el otro elemento que dificulta la operación y es que la legislación sobre el feminicidio suele imponer penas muy altas, incrementando los costes del error de la condena falsa, lo que aconsejaría establecer un estándar de prueba más elevado[46].

Así pues, la cuestión política que deberá ser resuelta sería el establecimiento de estándares de prueba para causales que contengan hechos en sí mismos difíciles de prueba y las altas penas que se prevén para ellos. Esta operación exigiría penas más bajas que disminuyan el costo de los errores o, en su caso, una modificación del tipo penal, utilizando causales específicas que no planteen las dificultades probatorias de muchas de las actuales. En cualquiera de ambas opciones la tarea debe ser abordada en sede legislativa[47].

---

[44] En otras jurisdicciones tales dificultades probatorias podrían aconsejar, por ejemplo, un cambio en la carga de la prueba; sin embargo, en materia penal esa opción es más bien imposible en su construcción actual.

[45] Estas dos razones son detalladas en un muy interesante trabajo de Ferrer Beltrán, 2018.

[46] En el caso mexicano, la pena del feminicidio es entre cuarenta y sesenta años. Mientras que una violación tiene de ocho a veinte años y el abuso sexual de seis a diez años.

[47] Un interesantísimo libro sobre cómo la jurisprudencia podría contribuir a la taxatividad de la ley penal es Ferreres, 2002.

5. LAS RELACIONES DESIGUALES DE PODER ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL TIPO PENAL

En este numeral corresponde ahora analizar una técnica legislativa diversa a las anteriormente vistas en el establecimiento del tipo penal «feminicidio», una regulación que no alude a la privación de la vida de una mujer *por el hecho de ser mujer*. La regulación nicaragüense anda por otros derroteros al especificar que habrá feminicidio cuando «el hombre que, *en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres*, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado», siempre que se dé alguna de las circunstancias previstas en el mismo artículo[48].

Vayamos por partes. Hay al menos dos posibles interpretaciones del «marco» aludido por el legislador: 1) en el marco de esta *sociedad*, la nicaragüense, en donde las relaciones de poder entre hombres y mujeres son desiguales, y 2) en el marco de la relación desigual de poder entre María y Juan, es decir, de los sujetos concretos implicados en los hechos que se juzgan. Acudamos aquí a la casuística judicial para ver qué han dicho los tribunales al respecto.

El análisis de varias sentencias sobre feminicidio bajo esta regulación realizado por Montalbán (2015) mediante el Observatorio Judicial de Violencia de Género de Nicaragua con apoyo de la Embajada española en el país, muestra una situación variopinta, no una respuesta unívoca. Basten como muestra cuatro ejemplos encontrados en dicho documento: «Una relación asimétrica entre el perpetrador y la víctima porque aquel *sabía que era una anciana* cuando la mató y, además, estaba acostada» (p. 38). «Es evidente que existía la prevalencia por razón de género en vista de la vulnerabilidad de la víctima y occisa que *habitaba sola* en su vivienda» (p. 26). «*La coautoría* en el feminicidio por parte de los otros acusados demuestra y confirma el menosprecio que por la vida de la mujer se viene sosteniendo de forma estructural como parte de la violencia misógina» (p. 24). «*Ejercía actos de control* sobre la víctima al realizarle constantes llamadas telefónicas» cuando, sin contar con el permiso del acusado, aquella decidió tomar un trabajo remunerado fuera de su casa» (p. 37). Algunas parecen referirse a una violencia estructural contra la mujer, otras al ejercicio continuado de control del autor sobre la víctima, otras a un prevalimiento físico en el momento de ejecutar el delito. En definitiva, uno se queda con la pregunta en el aire: ¿qué es una relación desigual

---

[48] El art. 9 de la Ley establece las siguientes circunstancias:

«*a)* Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela.

c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.

d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo.

e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.

f) Por misoginia.

g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.

h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal».

de poder entre hombres y mujeres para esta legislación? Es más, ¿se debe probar o no dicha relación desigual de poder?

En Nicaragua, dos años después de establecerse el delito de feminicidio, se dictó el Decreto núm. 42-2014 (Reglamento de la Ley 779) que, en su art. 36, dispuso que «en los tipos penales de violencia que se cometan en el marco de las relaciones desiguales de poder entre un hombre y una mujer, *esta condición deberá quedar claramente establecida*». Y acto seguido se dice también lo siguiente: «En los tipos penales de violencia relacionados con el género se identifican como relaciones de poder, las cuales se definen desde una estructura a través de la construcción social y política del poder masculino dominante, activo, violento, agresivo y de la construcción social de la sumisión femenina, como receptiva, tolerante y por ende pasiva». Por tanto, pareciera que se debe probar el marco *social* de relaciones desiguales de poder en donde han tenido lugar las circunstancias a las que alude el tipo feminicidio. ¿Qué tipo de prueba permitiría establecer estas cuestiones? ¿Una prueba antropológica que determine si la sociedad nicaragüense es de tal manera?

El argumento de las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres está muy presente no solo en la literatura feminista, sino también en la literatura sobre el feminicidio. Puede tomarse como ejemplo la concepción de un par de autores argentinos que apelan porque en el delito de feminicidio *se asuman como dadas*, sin necesidad de prueba, algunas características del individuo por su pertenencia a una sociedad[49]. Ello porque supuestamente la aversión hacia las mujeres es cultural y sociológica, no una motivación individual y de corte psicológico (Arocena y Cesano, 2017: 95). Según los autores en comento, «el aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre una "identidad masculina" y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a lo "femenino"» (Arocena y Cesano, 2017: 107). Así aseveran que el tipo subjetivo del feminicidio en Argentina supone mostrar únicamente el dolo en cuanto al resultado, pero «no en lo tocante a la condición femenina de la víctima. Basta, entonces, que el sujeto, sabiendo de la particular calidad de mujer del sujeto pasivo, la mate»[50]. Bajo este esquema no haría falta probar la existencia de relaciones asimétricas de poder y tocaría entonces ver cómo se «podrían dar por hecho» esas relaciones, bien como una cuestión probatoria o como una cuestión de derecho sustantivo.

Desde los esquemas probatorios, quizá la figura procesal más atinente para «dar por hecho» algunas cuestiones que hipotéticamente deberían ser susceptibles de prueba sean los llamados «hechos notorios». Ahora bien, toda declaración judicial que asuma un hecho como «notorio» debe estar justificada tomando en cuenta que se trata de conocimiento o cultura *general* dentro en la sociedad de la que es parte el juez o tribunal que decide. Se trata de una valoración que depende de la cultura personal del juez,

---

[49] Aunque el argumento, a diferencia del contexto nicaragüense, iría en otra línea dado que la legislación de su país alude a la muerte de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare *violencia de género*. En todo caso, el argumento explícitamente planteado por Arocena y Cesano está implícitamente presente en muchos de los debates sobre el tema y, precisamente, por ello me parece que debe analizarse.

[50] Aunque líneas más adelante sugieren que aquel lo hace «sabiendo y queriendo realizar actos que, *desde un punto de vista objetivo*, traducen o se enmarcan en una situación de violencia de género».

no de las pruebas. Y puede referirse a cuestiones de naturaleza geográfica, histórica, estadística, religiosa, económica, política, asuntos gubernamentales y hasta principios científicos, etc. (TARUFFO, 2008: 144). Pero una de las condiciones fundamentales para la aceptabilidad de este tipo de decisiones judiciales es que no resulten controvertibles para las partes o no sean motivo de disputa razonable. Ello tiene total sentido, no solo por las características de la institución en comento, también por el derecho a la prueba de las partes que les faculta a presentar cuantas pruebas relevantes considere para defenderse de la acusación tomando en consideración el *thema probandum*, obviamente. Por ello, me parece genuino pensar que la defensa de un acusado *no* permitiría que un elemento del tipo penal que afectará a su defendido pasara a formar parte de la decisión judicial como un hecho notorio no susceptible de prueba y, por eso, creo que hay que descartar la opción de los «hechos notorios».

Si, por el contrario, tratamos «las relaciones asimétricas de poder» como una cuestión del derecho sustantivo, entonces vale la pena retroceder al proceso de creación del tipo penal y reflexionar mínimamente sobre los argumentos que pudo tener en consideración el legislador al crear el feminicidio como un tipo penal diverso al homicidio o al parricidio. En ese contexto, evidentemente la creación misma de la norma debió suponer un serio debate legislativo sobre si era necesario crear el tipo penal *dadas ciertas* características de la sociedad que se pretende regular. Esas características, obviamente, que permitieran considerar las relaciones desiguales de poder entre los hombres y las mujeres que la componen. Y, si esto es así, entonces tendría cierto sentido que ya no fueran objeto de prueba y quedara en manos de los jueces una decisión que ya fue tomada como *presupuesto* en el debate legislativo. En ese caso, el problema, en mi opinión, sería nuevamente de técnica legislativa, habiendo sido mejor optar por un tipo penal donde solo se especifiquen las causales de feminicidio, sin aludir a las relaciones de poder.

La agenda feminista defiende claramente la existencia de relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres en la sociedad y, precisamente por ello, la necesidad de crear un tipo penal[51]. Si el legislador del país en turno considera válido el argumento, entonces la decisión ya la tomó él para todos los casos y no habría de ser objeto de prueba en los procesos judiciales. Ahora bien, en ese contexto cobra relevancia el análisis de un procedimiento racional de *elaboración* de leyes, no siendo suficiente simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013: 91). Por supuesto hay que tomar en consideración los movimientos sociales que urgen a la tarea legislativa, pero también hay que poner en correcto funcionamiento la institucionalización que dicha tarea requiere y exige: contar con datos empíricos serios que permitan legitimar el debate, contar con expertos no solo en el tema en comento, sino también para «traducir» en textos normativos racionales las decisiones legislativas, y un largo etcétera[52]. Necesitamos mejorar la técnica legislativa para que el

[51] El argumento no se limita al feminicidio, sino a todo tipo de violencia en contra de la mujer. Por ejemplo, la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belem do Pará) señala que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión.

[52] Sobre este tema *vid.* ATIENZA (1997), DÍEZ RIPOLLÉS (2013), OLIVER LALANA (2005) y FERNÁNDEZ BLANCO (2018).

discurso legal (necesariamente distinto del discurso ideológico, aunque fundado en él) no cause tantos problemas interpretativos y probatorios que hagan totalmente inefectiva la legislación como mecanismo para perseguir los objetivos políticos anhelados.

Con todo lo dicho anteriormente, vale la pena decir que el decreto nicaragüense del 2014 antes citado, en mi opinión, erró en la estrategia al exigir la prueba de las relaciones asimétricas *sociales* entre hombres y mujeres. Aunque en realidad el escenario es más desolador puesto que el presidente de Nicaragua a golpe de decreto cambió absolutamente las reglas sobre el feminicidio cuando supuestamente solo pretendía «reglamentar» la Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres, redefiniendo el tipo en sí mismo y estableciendo que el feminicidio solo se comete en el marco de las relaciones de pareja. Con lo que la situación *de iure* actual es que hay que probar las relaciones sociales desiguales de poder entre las partes del caso, que deben ser pareja.

El decreto tiene aquí otra «joya» porque redefine también «relaciones desiguales de poder», exigiendo que se pruebe: i) que ha habido coerción; ii) que al menos potencialmente pueda afectar la conducta, el pensamiento y los sentimientos, y iii) así como que tengan por finalidad el control o *dominio* que conducen a la sumisión, discriminación, desigualdad de la mujer[53]. Obviamente se ha tornado tremendamente problemático un tipo penal originariamente más simple, entre otras razones porque volvemos a la prueba de estados mentales dado el cambio en el tipo penal.

6. LA (DIFÍCIL) PRUEBA DE LOS ESTADOS MENTALES EN EL FEMINICIDIO

Como ya se ha dicho anteriormente, las concepciones mediante las cuales se han incorporado los estados mentales al razonamiento judicial sobre los hechos son dos, una cognoscitivista y otra no cognoscitivista. Una vez que se han tratado distintas cuestiones sobre las formas no cognoscitivistas de incorporación de estados mentales mediante la técnica legislativa empleada en el tipo del feminicidio, corresponde ahora dedicar un espacio a analizar los problemas que se enfrentan en dicho contexto cuando hay que probar los estados mentales o los hechos psíquicos, no eventos del mundo físico o comportamientos traducibles en actos materiales. Como dice TARUFFO (1992: 159), «[s]e trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades». En el caso del feminicidio las referencias sobre dichos hechos por parte del hombre a la mujer aluden al odio, al desprecio, a ciertos placeres o incluso necesidades de dominar o controlar, etc., como se ha venido viendo hasta ahora.

Si asumimos una concepción cognoscitivista, entonces, debemos sostener que los estados mentales de una persona pueden ser conocidos a partir de hechos externos

[53] El decreto, en su art. 2, define una relación desigual de poder como «aquella ejercida por el hombre contra una mujer en lo físico, sexual, psicológico, patrimonial, económico, social, familiar, laboral, político, cultural y religioso *de forma coercitiva*, *capaz de afectar la conducta, el pensamiento y los sentimientos de otras personas* y que tengan por *finalidad el control o dominio* que conducen a la sumisión de la mujer, discriminación y desigualdad en su contra».

del sujeto. Y, por supuesto, que la inferencia que podemos hacer a partir de hechos externos es susceptible de verdad o falsedad. En palabras nuevamente de TARUFFO (1992: 165), el hecho psíquico «es más bien "sustituido" por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria».

Para plantear los problemas que lo anterior supone pondré dos ejemplos y, a tales efectos, tomaré el tipo penal del feminicidio peruano que remite literalmente a la prueba de hechos psíquicos[54]. Si atendemos al texto correspondiente, en todo caso de feminicidio se debería probar que: 1) los hechos han tenido lugar en uno de los contextos especificados normativamente[55]; 2) ha habido la intención de matar, y 3) ha habido de por medio ciertos estados mentales del sujeto respecto de la condición de mujer de la víctima. Construyamos un ejemplo que tiene lugar específicamente en uno de los contextos regulados en el ordenamiento en comento, la violencia intrafamiliar, y asumamos que no hay problemas probatorios respecto la intención de matar del victimario, con lo cual los problemas probatorios se ubican exclusivamente en el punto 3. Así, supongamos que hay testigos que afirman que el acusado de feminicidio decía a sus amigos y familiares que estaba harto de que cuando llegaba de trabajar su mujer no le tenía preparada la cena, porque no le servía la comida en el plato, porque quería tener un trabajo remunerado y no se conformaba con lo que él económicamente le daba, etc.; y que, por todo ello, un día de esos la iba a matar[56]. Incluso podemos suponer que él mismo confiesa ante las autoridades haberlo dicho y, de hecho, creerlo. ¿Son dichas afirmaciones prueba del numeral 3 antes aludido: los estados mentales respecto de la condición de mujer?

El ejemplo anterior, el marido confeso, puede ser contrastado con el siguiente. Supongamos que una pareja de novios acude, como ya lo había hecho en otras ocasiones, a un motel con el claro objetivo de mantener relaciones sexuales. Sin embargo, estando ya en la habitación la situación se descontrola por una discusión que había tenido lugar antes de llegar al sitio y ella se niega a mantener relaciones sexuales, terminando él exigiendo la satisfacción de la expectativa sexual creada bajo amenaza de violación y muerte, mediando tal uso de la fuerza que la lesiona físicamente, aunque (afortunadamente) sin matarla. ¿Podemos inferir a partir de esos hechos externos que la insatisfacción de sus expectativas se debió, como en el caso anterior, a lo que el acusado cree es el rol que debe cumplir una mujer como novia satisfaciendo expectativas sexuales? Recordemos que estamos ante una legislación que impone no solo probar que se ha matado (o en este caso intentado matar) y que hubo ciertas circunstancias

[54] También lo hace la Ley de protección integral a las mujeres de Paraguay. Por supuesto, cabría aquí una interpretación de legislaciones como la mexicana defendiendo que el legislador no atribuye los estados mentales a los sujetos en determinadas condiciones, sino que se debe probar en el caso específico la presencia de tales hechos internos en el hombre acusado de feminicidio. Si este es el caso, entonces le sería aplicable el análisis de la siguiente sección.

[55] El art. 108B alude a la violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; y, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

[56] Suponiendo, además, que los amigos y familiares están dispuestos a testificar. Ello podría toparse en algunos ordenamientos con ciertos problemas dada la figura de los testigos privilegiados que eximen a familiares de la obligación de testificar.

como marco del hecho, sino también adicionalmente que la mató (o intentó matar) «por ser mujer».

Hay una diferencia evidente entre los dos casos: la *expresión* que el agente ha realizado de sus hechos psíquicos, además de haber explicitado de cierta manera su intención de matarla[57]. ¿Tendríamos entonces una prueba directa y no inferencias como se había dicho al inicio del capítulo? No, la determinación de la fiabilidad de la *expresión* de los hechos psíquicos presenta serias complicaciones para el razonamiento probatorio, algunas veces porque se trata de una confesión (cuya voluntariedad, p. ej., podría ser cuestionada) y otras veces porque en realidad sabemos de dicha expresión a través de pruebas testificales sobre el hecho de que X ha afirmado M. No entraré a tratar los problemas sobre la fiabilidad de este tipo de afirmaciones, que en sí mismos ameritan un tratamiento independiente, me basta con resaltar que ni siquiera en esos casos eludimos la necesidad de inferir a partir de unos hechos externos la existencia de hechos internos.

Cabe resaltar una cuestión adicional en el ejemplo del marido confeso: en las relaciones estables hay un *historial* que podría facilitar la prueba de los hechos psíquicos y que es inexistente en otros tantísimos casos en que no hay relación estable entre víctima y victimario o ni siquiera una relación. Por tanto, si ese es el caso paradigmático que queda cubierto por una legislación como la peruana, entonces hay técnicas legislativas mucho más claras y fáciles, como lo hemos visto anteriormente: cabría solo prever que el feminicidio se da siempre que la mujer sea privada de la vida por su pareja o expareja.

Ahora bien, ¿qué pasa con el caso de los novios donde no hay una expresión de los hechos psíquicos que motivan la conducta del hombre? Los tribunales, obviamente, no pueden esperar que haya siempre pronunciamientos del acusado que les permitan hacer la inferencia respectiva sobre sus motivaciones. Por ello, la pregunta relevante (y en suma compleja) es cómo se identifican los hechos externos que pueden ser utilizados para inferir los hechos mentales que constituirían las motivaciones para matar a una mujer por ser mujer.

En términos generales, inferimos los estados mentales que llevaron a actuar a una persona a partir de generalizaciones acerca de la correlación conducta externa-estados mentales. Pues bien, el tipo de generalizaciones que parece actualmente exigible utilizar para reconstruir los motivos que pudieron llevar a un hombre a privar de la vida a una mujer pueden ser identificadas como *generalizaciones basadas en el género*, en la literatura relevante llamados «estereotipos de género»[58].

---

[57] Vale la pena insistir en que no puede inferirse necesariamente a partir de que la constatación de que el sujeto sea un machista que la matara por ser mujer. Por ello, en el ejemplo sería determinante que él hubiese hecho explícita su intención de matarla por no satisfacer sus expectativas como «su mujer».

[58] *Vid.* como ejemplo serio al respecto COOK y CUSACK, 2009.

Aunque no es una cuestión pacífica, se ha asumido que «género» es una suerte de *constructo social* mediante el cual se le atribuyen roles propios a mujeres y hombres. Es decir, a diferencia del sexo que tradicionalmente se ha considerado como una cuestión «natural», el género es un fenómeno social contingente, distinto de sociedad en sociedad. Y ese constructo conformaría entonces un conjunto de creencias en torno a lo que se espera del comportamiento de un hombre y una mujer y las actitudes asumidas sobre su realización o no. Habría así un conjunto de expectativas simplemente en función de ubicar a una persona en la amplísima categorización de hombre o mujer.

Los estereotipos, como es bien sabido, son generalizaciones construidas sobre la base de los atributos o de las características de *algunos* de los miembros de una clase que utilizamos en nuestro razonamiento ordinario para sacar conclusiones o tomar decisiones sobre *toda* la clase o todos los miembros de la clase. A veces ese tipo de generalizaciones tienen un sustento empírico y otras veces no. Cuando no tienen sustento empírico se puede deber a que habiendo realizado el estudio estadístico correspondiente resultó que son falsas o simplemente a que no existe ninguna base estadística[59]. Pero también puede ser el caso que se trate de estereotipos normativos, es decir, que no pretenden brindar información sobre cómo de hecho es el mundo[60]; así, a diferencia de los estereotipos descriptivos, los estereotipos normativos son, entonces, constitutivos de ciertos modelos (Arena, 2016)[61].

Las generalizaciones «la mayoría de las mujeres son...» y «las mujeres deberían ser...» se han utilizado para imponer un rol a todas las mujeres. Es ese uso normativo el relevante para los objetivos de este trabajo, es decir, los estereotipos normativos referentes a la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres en las circunstancias particulares del caso (Cook y Cusack, 2009). Todo ello nos conduce a un complejo discurso no sobre cómo *de hecho son* las mujeres, sino sobre cómo supuestamente deberían ser las mujeres en una sociedad y/o contexto más delimitado dentro de esta. Lo que, a su vez, nos llevaría a limitar el uso de la categoría «mujer» y especificar «las mujeres que trabajan en casa», «las mujeres que tienen un trabajo remunerado», «las mujeres indígenas», «las mujeres adultas mayores», «las mujeres esposas», etc., con sus diversas combinaciones y mucho mayores delimitaciones en un contexto social determinado. Por lo que no se trataría solo de ser mujer, sino de ser mujer en un conjunto de circunstancias en las que hay cierta expectativa de comportamiento por los roles que le son atribuidos en estas.

Si los estereotipos normativos de género serían las generalizaciones que permitirían a los jueces identificar hechos externos a partir de los cuales inferir los hechos mentales correspondientes, entonces aquí es donde radica uno de los mayores retos para la aplicación de un tipo penal como el feminicidio, dado el rol que jugarán en el razonamiento probatorio. Y, ¿cuál sería la fuente de dichos estereotipos? En mi opinión, al menos podríamos hablar de dos posibilidades a efectos de su incorporación en el razonamiento probatorio: las máximas de experiencia de los jueces y el conocimiento experto mediante determinadas pruebas periciales.

---

[59] Cuando los estereotipos utilizados en el razonamiento no tienen un sustento empírico, entonces corremos el riesgo de caer en distintos tipos de errores, por lo que hay que andar con sumo cuidado con estos. Sobre las generalizaciones espurias y no espurias, pero fundamentalmente sobre las generalizaciones no espurias y tampoco universales, un libro ineludible es Schauer, 2003.

[60] Por poner un ejemplo: todas las madres tienen un instinto de cuidado especial y todas las madres deberían tener un instinto de cuidado especial. Los estereotipos descriptivos podrían tener un fundamento estadístico que muestre que efectivamente la mayoría de los miembros que conforman un grupo o categoría («las madres») tienen la propiedad atribuida al grupo.

[61] F. Arena (2016: 70) da un punto clave para enfocar el debate: «[l]os estereotipos normativos se encuentran al centro de la tensión entre opresión y reconocimiento. Entre imposición de roles a quienes lo rechazan y la falta de reconocimiento de los roles que los individuos y grupos se atribuyen a ellos mismos». Los estereotipos pueden ser opresivos si le son *impuestos* a un individuo que rechaza: *a)* lo que convencionalmente el grupo estereotipado asume como un deber; *b)* lo que la sociedad en que el grupo estereotipado se inserta asume, y *c)* lo que un individuo dentro de la sociedad en que el grupo estereotipado asume.

En términos procesales tradicionales, a veces lo que se está pidiendo es que quien juzga use sus máximas de experiencia en relación con los estereotipos de género para correlacionar los hechos externos de un sujeto con sus estados mentales. Para abordar las máximas de experiencia, quizá el primer paso que valga la pena hacer es distinguir entre «experiencia personal» y «experiencia intersubjetiva» (o social) de los jueces. La primera es mucho más problemática que la segunda, dado que depende exclusivamente de lo vivido por una persona: esa compleja red de experiencias vitales en torno a la educación, la ideología, los prejuicios, las generalizaciones espurias y un largo etcétera (VÁZQUEZ, 2015: 186). La segunda es menos problemática porque no depende de la experiencia de cada uno, sino de creencias compartidas por los individuos que conforman una sociedad; ahora bien, algunas de esas creencias pueden depender exclusivamente de una suerte de mera convención de esa sociedad, mientras otras pueden tener un fundamento más empírico. El problema del uso de máximas de experiencia cuyo valor de verdad depende únicamente de las convenciones de una sociedad en los casos de violencia de género en general, y en particular del feminicidio, es que hay sociedades (no solo individuos y no solo hombres) cuya práctica cotidiana depende de muy diversos estereotipos cuestionables sobre las mujeres.

De hecho, en el ámbito judicial es fácil encontrar sentencias, ya históricas en algunas sociedades y en otras aún actuales, sobre la resistencia que para defender su honor *debió* poner la mujer víctima del delito de violación y que irremediablemente habría dejado alguna huella física en el victimario o en ella misma. Nótese que dicha generalización no es una cuestión que provenga del derecho, las juezas y los jueces la fundamentaban en sus máximas de experiencia sociales. Este ejemplo ayudaría a entender que en sociedades machistas evitar el uso de estereotipos de género supondría todo un esfuerzo institucional por reeducar a las juezas y los jueces en algunos temas claves para la función judicial, lo que no se resuelve mediante el establecimiento de simples protocolos, es una tarea mucho más compleja y profunda.

Una valoración racional de las pruebas no solo exigirá prestar atención a las máximas de la experiencia que participan en nuestros procesos inferenciales, sino que hay que explicitarlas y justificarlas. Y aquí es donde se le debe pedir a los jueces un esfuerzo especial en su obligación de motivar sus decisiones en casos de feminicidio: deben explicitar y justificar la(s) generalización(es) basada(s) en el género que los llevan a inferir (o no) que un hombre mató a una mujer «por ser mujer», *i. e.* que su conducta es (o no) explicable mediante un estereotipo de género. Incluso explícitamente refutando el uso de otras generalizaciones en el razonamiento que pudieran *también* explicar las motivaciones del comportamiento del acusado y que nos llevarían a encajar los hechos en otros tipos delictivos, no necesariamente en el feminicidio.

En resumen, entonces, cuando la identificación de los hechos externos que permitirían inferir hechos internos sobre las motivaciones de un hombre al matar a una mujer dependa de las máximas de experiencia de los jueces: 1) se pide una suerte de autoevaluación para identificar y explicitar claramente las generalizaciones en juego, y 2) a veces ello exige previamente toda una reeducación de los individuos dada la cultura social de la que son parte. Sin embargo, también debe haber un trabajo de identificación de otras generalizaciones aplicables que permitirían explicar el comportamiento de un individuo.

Una opción adicional a las máximas de experiencia como fuente de la generalización hechos externos-hechos internos sería el conocimiento experto. Es decir, que fueran los expertos quienes debieran identificar los estereotipos normativos de género que servirían de base para inferir los hechos mentales a partir de hechos externos del sujeto. Y aquí se abre otro escenario no carente de problemas, entre los cuales quizá son tres los que valga traer a colación: 1) ¿quiénes son los expertos en esta materia: los psicólogos, los antropólogos, los sociólogos?, ¿alguna otra especialidad? 2) Y, aún siendo capaces de identificar el área de expertise correspondiente, todavía tendríamos la gran tarea de interesarnos por conocer la fiabilidad de sus afirmaciones, no solo de forma genérica, sino también en su aplicación al caso concreto[62]. Y 3) Además de la fiabilidad, no puede obviarse que los expertos podrían sufrir parcialidades disposicionales sobre el tema pues, al igual que los jueces, no dejan de ser individuos pertenecientes a una determinada sociedad[63].

Dicho todo lo anterior, quizá sea oportuno subrayar que el conocimiento experto no permitirá relacionar de modo inequívoco hechos externos y hechos internos, aunque sí podría dar un sustento probabilístico suficiente. Ello podría generar una suerte de paradoja, pues cuanto más fundadas sean las generalizaciones que pudieran llegar a ofrecer los expertos, su aplicación podría parecerse mucho a las reglas, por lo que se correría el riesgo de que los jueces terminasen atribuyendo estados mentales de la misma manera que lo harían bajo una estrategia no-cognoscitivista, cuando en realidad el tipo supone una concepción cognoscitivista. Ahora bien, cuanto menos general y fundado sea el tipo de conocimiento experto en juego, entonces habrá mayor dependencia hacia las máximas de experiencia de los jueces con toda la problemática a la que antes ya aludí.

Todo lo anterior dependerá, obviamente, de la información que se tenga sobre las circunstancias particulares del caso que se está juzgando. Se ha dicho que los estereotipos normativos ayudarían a identificar los hechos externos que permitirían inferir los hechos internos de un sujeto, pero se requiere que tanto la policía como los fiscales se aseguren de buscar y ofrecer información que pudiera ser utilizada por los jueces para construir la inferencia que atribuye al sujeto hechos mentales[64]. Ello hace que todos los problemas anteriormente vistos se reproduzcan previamente en la etapa de investigación y delimitación del caso, es decir, que se debería ver cómo están trabajando este tipo de casos los policías y los fiscales, no solo los jueces. El trabajo, entonces, se multiplica.

Habiendo identificado varios de los problemas probatorios que supone un tipo penal que alude a estados mentales sobre la condición de mujer de la víctima, además de los típicos problemas de prueba de las intenciones en casos de asesinatos, se podría decir que este tipo de regulaciones del feminicidio nos llevaría a lo que ATIENZA (1997: 36) llama «irracionalidad pragmática» de la legislación[65]. El legislador partió

---

[62] Este es un tema que dada su complejidad no puedo abordar aquí. Al respecto, *vid.* VÁZQUEZ, 2015.

[63] Un trabajo reciente sobre la parcialidad disposicional es VÁZQUEZ, 2018.

[64] En el informe recientemente presentado por la OCNF (2018), por ejemplo, se identifican como problemas para la acreditación del tipo penal el mal manejo del lugar del hallazgo y la pérdida de evidencia (p. 207), así como la ausencia de análisis del contexto (p. 208).

[65] Aunque ATIENZA (1997: 37) en ningún momento alude a las cuestiones probatorias como posible fuente de fracaso de la norma, se limita a distinguir fracasos por factores subjetivos (*i. e.* dependientes de las motivaciones del sujeto) y objetivos (*i. e.* la ausencia de previsiones institucionales necesarias para hacer efectiva la norma).

de crear un delito para un grupo considerado desfavorecido, pero con el resultado de que hay muchísimos casos en que es prácticamente imposible probar los estados mentales que supuestamente subyacen al matar a una mujer por ser mujer. El resultado es entonces frustrante para todos y casi siempre por la misma razón: no se sabe y/o no se explicita cuáles serían los hechos externos que permitirían inferir los hechos mentales relevantes para probar el feminicidio.

7. CONCLUSIONES

El derecho penal sustantivo en Latinoamérica ha previsto un reciente tipo penal, el feminicidio, como respuesta política a las exigencias sociales que buscan poner de manifiesto, perseguir, prevenir o erradicar la muerte de mujeres en determinadas circunstancias. El argumento que más resonancia parece tener entre los agentes sociales que han luchado por estos cambios legislativos se funda en la «relación asimétrica de poder» entre los hombres y las mujeres y, precisamente, esa idea permea implícita o explícitamente en la técnica legislativa empleada.

Una rápida mirada por esos textos normativos permite identificar al menos tres escenarios con distintas problemáticas probatorias y políticas cada uno:

1. Textos normativos que exigen probar únicamente una relación amorosa existente o pasada entre la víctima y el victimario a efectos de calificar a la muerte de una mujer en manos de este último como feminicidio. Los problemas probatorios que serían específicos del feminicidio son inexistentes o muy menores puesto que se trata de hechos externos no problemáticos en sí mismos. En cambio, si la racionalidad valorativa de fondo fuera penalizar ciertas conductas originadas en la «relación asimétrica de poder» aludida o en las llamadas «razones de género», entonces el tipo *no* cubre todos los casos que debería.
2. Textos normativos que en realidad adscriben estados mentales a los individuos que matan a una mujer en determinadas circunstancias, haciendo jurídicamente irrelevantes las motivaciones del victimario al exigir únicamente probar la ocurrencia de circunstancias externas con problemas probatorios variopintos. Así pues, los problemas probatorios de este tipo de regulaciones dependen de cada circunstancia prevista, constituyéndose entonces el feminicidio en un tipo penal complejo, donde pudieran coexistir diferentes estándares probatorios para un mismo delito. También en ocasiones aparecen problemas de redundancia y superposición en las listas de circunstancias previstas. Por lo que hace a la decisión política de fondo, si la racionalidad de la misma fuese «las razones de género», habría que hacer un análisis exhaustivo del listado correspondiente para evitar en la medida de lo posible la infrainclusión y la suprainclusión de casos.
3. Textos normativos que exigen probar estados internos de un sujeto concreto al matar a una mujer por el hecho de ser mujer. En términos probatorios es el tipo penal más difícil tanto para la conformación del conjunto de pruebas como para su valoración. Confluyen en él varias complicaciones de la en sí misma difícil prueba de los estados mentales a través de hechos externos: la identificación de la generalización que servirá como base, los fundamentos de dicha generalización y la información del caso concreto que permitiría encuadrarlo en dicha generalización (sobre todo cuando

se trata de hechos ocurridos entre desconocidos). Ello trae como resultado que el tipo penal resulte de muy difícil aplicación, haciendo ineficaz y/o inefectiva la legislación penal sobre el feminicidio y dejando en meras buenas voluntades legislativas las exigencias sociales de protección.

La preocupación social por la violencia hacia las mujeres es más o menos evidente en función de la sociedad en que nos ubiquemos, convirtiéndose en un asunto de interés público muy latente en prácticamente cualquier país de nuestro entorno. Luchar contra la discriminación y la violencia contra la mujer no es tarea únicamente, y quizá ni siquiera primordialmente, del derecho, menos aún del derecho penal. Debe haber una estrategia político-social de gran calado para cambiar la situación de desigualdad entre hombres y mujeres en los distintos aspectos de la vida. El legislador, *i. e.* nuestros políticos, no pueden siquiera pretender considerar que es suficiente la creación de un tipo penal específico para los casos de muerte de las mujeres con penas altísimas, menos aún cuando la técnica legislativa que utilizan produce tantos problemas probatorios que hacen inoperativa la propia legislación. Ocuparse de los serios problemas de violencia contra las mujeres va muchísimo más allá del establecimiento de tipos penales solo tranquilizadores de ciertas conciencias.

BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, R., 1980: «Presumptions in Civil Actions Reconsidered», *Iowa Law Review,* 66, 843-867.

ANDERSON, T. *et al.,* 2005: *Analysis of Evidence,* London: Cambridge University Press.

ARENA, F., 2016: «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile,* vol. 29, 51-75.

AROCENA, G., 2017: *El delito de feminicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico,* Buenos Aires: BdeF.

ATIENZA, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid: Civitas.

BLOCH, I., 2014: «Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Código Penal argentino», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 10, 1996-2009.

CEREZO D., A. C., 2010: *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales,* Valencia: Tirant lo Blanch.

COOK, R. *et al.,* 2009: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives,* University of Pennsylvania Press. Citado por la traducción al castellano de A. PARRA, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Bogotá: Profamilia.

CORN, E., 2014: «La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la ley núm. 20.480», *Revista de Derecho*, vol. 21, núm. 2, 103-136.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., 2013: *La racionalidad de las leyes penales,* 2.ª ed., Madrid: Trotta.

FERNÁNDEZ BLANCO, C., 2018: *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina.* Obtenido de *https://www.tdx.cat/handle/10803/482041.*

FERRER BELTRÁN, J., 2016: *Motivación y racionalidad de la prueba,* Lima: Grijley.

— 2018: «Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea», en D. PAPAYANNIS *et al.* (coords.), *Filosofía del derecho privado,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

FERRERES CORNELLA, V., 2002: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional*), Madrid: Civitas.

García Amado, J. A., 2000: «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 23, 233-264.

Garita, A. I., 2012: *La regulación del delito de feminicidio/femicidio en América Latina y el Caribe,* Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas. ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres.

Gascón, A. M., 2012: *Cuestiones probatorias,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González Lagier, D., 2005: *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción,* Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

Hernández, W. *et al.,* 2018: *Feminicidio: determinantes y evaluación del riesgo,* Informe, Universidad de Lima y CIES.

Lagarde, M., 2008: «Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres», en M. Bullen *et al., Retos teóricos y nuevas prácticas,* Ankulegi, España.

Laudan, L., 2006: *Truth, Error, and Criminal Law,* Cambridge University Press, citado por la traducción al castellano de C. Vázquez *et al., Verdad, error y proceso penal,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

Monárrez, J., 2002: «Feminicidio sexual serial en Ciudad Juárez: 1993-2001», *Debate Feminista,* vol. 13, núm. 25.

Montalbán, H. I., 2015: *Estudio de sentencias dictadas en primera instancia por órganos judiciales especializados en violencia hacia la mujer en el año 2013, relativas a delitos de femicidios,* Observatorio Judicial de Violencia de Género de Nicaragua.

Murphy, P., 2003: *Murphy on Evidence,* Oxford: Oxford University Press.

Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio/OCNF (2018), *Implementación del tipo penal de feminicidio en México. Desafíos para acreditar las razones de género 2014-2017,* México: Católicas por el Derecho a Decidir A. C.

Oliver Lalana, D., 2005: «Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Laws», en L. Wintges, *The Theory and Practice of Litigation,* Ashgate Publishing.

Poggi, F., 2017: «Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale», *Diritti Umani e Diritto Internazionale,* vol. 11, 51-76.

Rusell, D. *et al.,* 1990: «Feminicide: Speaking the Unspeakable», *MS*, 34-37.

Sánchez-Ortiz, P., 2012: *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

Schauer, F., 2003: *Profiles, Probabilities, and Stereotypes,* EEUU: Harvard University Press.

Taruffo, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici,* Giuffrè, citado por la traducción al castellano de J. Ferrer (2002), *La prueba de los hechos,* Madrid: Trotta.

— 2008: *La prueba,* Barcelona-Madrid: Marcial Pons.

Vázquez R., C., 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial,* Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

— 2018: «La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos», *Isonomia,* núm. 48, 69-107.

ARTÍCULOS

UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991) *

Benjamín Rivaya

Universidad de Oviedo
rivaya@uniovi.es

RESUMEN. Esta biografía intelectual de Felipe González Vicén analiza el pensamiento de quien fue uno de los más importantes filósofos del Derecho españoles del siglo xx, desde sus orígenes, cuando estudió el concepto de revolución y escribió una historia del pensamiento jurídico español, pasando por las vicisitudes que sufrió durante la guerra civil, el posterior exilio y su vuelta, hasta el análisis del núcleo de su pensamiento: la contraposición Derecho natural/positivismo jurídico, el historicismo y el marxismo. También se diseccionan las polémicas que provocó, sobre el concepto de Filosofía del Derecho y sobre la obediencia al Derecho.

Palabras clave: Felipe González Vicén, Filosofía del Derecho, Derecho natural, obediencia al Derecho, pensamiento jurídico durante el franquismo.

An intelectual biography of Felipe González Vicén (1908-1991)

ABSTRACT. This intelectual biography of Felipe González Vicén analyzes the thinking of one of the most important Spanish philosophers of Law in the 20th century: his origins, when he studied the concept of revolution and wrote a history of Spanish legal thought, the events that he experienced during the civil war, the subsequent exile and his return, and the analysis of the core of his thought: the opposition Natural Law/legal positivism, historicism and Marxism. It also analyzes the controversies that he caused, on the concept of Philosophy of Law and on the obedience of the Law.

Keywords: Felipe González Vicén, Philosophy of Law, natural Law, obedience of the Law, legal thought in the Franco regime.

* Fecha de recepción: 25 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 2 de junio de 2019.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.10

Para Rosa de Guardo

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, desde el fin del franquismo hasta el presente, en la Filosofía del Derecho española no ha sido infrecuente que, con justicia, se valorase la obra de Felipe GONZÁLEZ VICÉN, una de las «más serias y rigurosas de la filosofía jurídica española del siglo XX», en palabras de Nicolás LÓPEZ CALERA (1981: 103); una obra excepcional, si se tiene en cuenta el tiempo en que elaboró gran parte de ella, y «basada en el rigor», al decir también de Manuel ATIENZA (1983: 43); una obra que contiene «referencias ineludibles» para la filosofía jurídica, política y ética, según Elías DÍAZ (1994: 100), o «contribuciones teóricas que se encuentran entre lo mejor de la Filosofía del Derecho española del siglo XX», según Eusebio FERNÁNDEZ (2010: 13). En fin, creo que Luis LLOREDO ALIX sintetizó/expresó bien el sentir de muchos sino de todos los colegas españoles, en el retrato que hizo de GONZÁLEZ VICÉN, que había sido «un gran conocedor de la cultura alemana», un «erudito en literatura y filosofía», un «auténtico políglota», además de demostrar una «enorme talla de pensamiento, una finura poco común en el manejo de los textos, una honda capacidad de penetración en su sentido y una mente despierta para captar la sustancia del mundo que le rodeaba». En lo tocante a la Filosofía del Derecho destacó también su excepcionalidad cuando, apartado en una isla, «figurada y física», siempre fue fiel al positivismo, en un tiempo en que imperaba «el iusnaturalismo católico apadrinado por el régimen» (2010: 333).

A renglón seguido LLOREDO constataba que seguía faltando entonces «un estudio en profundidad» de la filosofía del GONZÁLEZ VICÉN (2010: 333), lo que otros ya habían sugerido mucho antes; por ejemplo Manuel ATIENZA cuando afirmó que su obra era «mal conocida» (1983: 43) o Elías DÍAZ cuando advirtió que estaba «poco difundida y estudiada» (1994: 100). Resumió ese sentir Eusebio FERNÁNDEZ: «González Vicén merece ser mejor conocido» (2010: 14). Desde entonces, por supuesto, ha habido nuevas aportaciones para ese estudio en profundidad, a las que se une la presente, pero este sigue faltando y alguien deberá acometerlo.

Empezaré por la conclusión. Felipe GONZÁLEZ VICÉN es uno de los grandes filósofos del Derecho españoles del siglo XX y, más allá de reconocerle su filiación positivista, resulta en gran medida inclasificable. Su filosofía jurídica no es historicista o, mejor, no solamente. Por una parte, porque tan pensamiento suyo es el del joven GONZÁLEZ VICÉN, que se manifiesta neokantiano primero, deudor de KELSEN y STAMMLER, y hegeliano después; como también suyo es el pensamiento del GONZÁLEZ VICÉN maduro, aceptada la distinción joven/maduro que se vislumbra en el trabajo de Manuel ATIENZA sobre el iusfilósofo (1983: 44); etapa esta de adultez en la que se manifiesta historicista, pero luego marxista y, en cualquier caso, influido a la vez por pensamientos diversos: HEGEL, KANT, NIETZSCHE, liberalismo y/o libertarismo, existencialismo, vitalismo y seguro que otros. Además no se puede olvidar que GONZÁLEZ VICÉN es sobre todo, por encima de cualquier otra consideración, un historiador del pensamiento jurídico. En buena medida, creo que su obra podría ser un solo libro que justificaría con creces una vida dedicada al estudio; una *historia de la Filosofía del Derecho* que iría desde la

quiebra de las últimas grandes construcciones del Derecho natural racionalista, asediadas tanto por un positivismo de signo legalista como por otro de carácter historicista, representado este sobre todo por la escuela histórica del Derecho; la censura marxista al historicismo; la sorprendente deriva formalista del positivismo, con el capítulo de la filosofía analítica inglesa al lado del otro gran capítulo sobre la Jurisprudencia de conceptos, así como la crítica a esta de GIERKE e IHERING; acabando con el intento de superación del idealismo neokantiano, lógico y axiológico, y su crítica.

2. PRIMEROS PASOS EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA DURANTE EL TIEMPO REPUBLICANO (1930-1937)

Felipe Eduardo GONZÁLEZ VICÉN nació en Santoña, en Cantabria, en 1908; de padre militar, era el segundo de cinco hermanos y hermanas. Se decidió por la carrera de Derecho y, con la excepción del curso 1926-1927, que lo haría en la de Salamanca, la estudió en la Universidad de Valladolid, realizando en 1929, en noviembre, el examen de grado y obteniendo sobresaliente. Por los datos que obran en el archivo de la Universidad de Valladolid, sabemos que en 1930 ya es profesor ayudante de la Facultad de Derecho de aquella Universidad y en 1932 se le nombra auxiliar temporal en la misma Facultad, comenzando a realizar viajes de estudios al extranjero, auspiciado por la Universidad de Valladolid y por la Junta para la Ampliación de Estudios, como bastantes de los que serían sus colegas universitarios. «Mi biografía académica no difiere en mucho de la de mis compañeros de generación», dirá pasado el tiempo (1986a: 317). De los viajes de estudios que le llevaron a Alemania dejó información el propio GONZÁLEZ VICÉN en la crónica de los mismos que haría ante los tribunales de oposiciones a cátedra (2009: 9-12). Así, sabemos que entre 1932 y 1934 realizó tres viajes de estudios a Alemania, financiados por la Universidad de Valladolid el primero y por la Junta para la Ampliación de Estudios el segundo y puede que el tercero. El primero fue a Colonia; el segundo a Francfort y Marburgo; el tercero, por fin, a Berlín. En el primero estudió nada menos que con Carl SCHMIT, con quien mantendría relación durante gran parte de su vida (GARCÍA y MARZÁN, 2010); en el segundo con HAAS y GRUEBER, neokantianos ambos, y luego con FRANK, KRAUSS y LÖWITH, que le iniciaron en el pensamiento de HEGEL; en el tercero con Nicolai HARTMANN.

En España pronto publicaría su primer libro, *Teoría de la revolución. Sistema e Historia* (1932), que tiene que coincidir en gran medida con su tesis doctoral, *Problemas en torno a la ruptura violenta del orden jurídico con especial consideración del fenómeno revolucionario* (1933)[1]. Sobre el origen y la razón de ser de esta obra solo cabe la especulación, aunque con más o menos fundamento. El libro se abre con un agradecimiento a, entre otros, José FERRÁNDEZ GONZÁLEZ, Camilo BARCIA TRELLES y Luis RECASÉNS SICHES, que le facilitaron el acceso a las bibliotecas de sus cátedras,

[1] No se suele encontrar noticia de la tesis doctoral de Felipe GONZÁLEZ VICÉN; solo en la biografía de Carlos PETIT (2015), que yo sepa, se hace constar que se tituló *Problemas en torno a la ruptura violenta del orden jurídico con especial consideración del fenómeno revolucionario*, y que fue leída el 9 de octubre de 1933, obteniendo la calificación de aprobado, lo que también llama la atención. En cualquier caso, no se encuentra ejemplar ni asiento alguno acerca de esa tesis en la Biblioteca Histórica Marqués de Valdecilla, que así se convierte en un enigma, más aún cuando la *Teoría de la revolución* es de 1932.

dice. A lo largo del texto citará varias veces a Luis RECASÉNS, en ocasiones de forma laudatoria, como cuando se refiere al «hermosísimo prólogo» que escribió para la traducción que el mismo RECASÉNS y AZCÁRATE realizaron de *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*, de KELSEN; o cuando califica *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* de «precioso libro» (1932: 42 n.), lo que también yo creo. Es cierto que en esta primera monografía cita a autores españoles (a Wenceslao ROCES, Mariano CASTAÑO, José GAOS o Fernando DE LOS RÍOS, por ejemplo), pero no por sus obras propias sino por ser los traductores de otras extranjeras. Realmente, las únicas obras que cita de un autor español son las de RECASÉNS. No lo digo porque llame la atención, que puede llamarla, sino porque creo que RECASÉNS se encuentra en el origen de *Teoría de la revolución*.

En efecto, en *Teoría de la revolución* citaba GONZÁLEZ VICÉN *El poder constituyente*, un libro que RECASÉNS (1931) había escrito contra la monarquía y a favor de la instauración de la República, aunque era algo más que una obra coyuntural, era un trabajo de altos vuelos en el que, para defender el proyecto republicano, utilizaba la última bibliografía filosófico jurídica y una argumentación depurada. Decía RECASÉNS que en España se estaba viviendo un periodo revolucionario, porque no había Derecho positivo alguno, sino solo un Derecho natural que justificaba un nuevo poder constituyente. Por eso recomendaba «ahondar en las entrañas de ese concepto», el de revolución (1931: 152). Eso será lo que haga GONZÁLEZ VICÉN en *Teoría de la revolución*, por lo que parece que RECASÉNS, que llegó a Valladolid como catedrático en mayo de 1930, se encuentra detrás del libro de Felipe[2]. Al igual que detrás del interés de RECASÉNS por ese concepto se hallaba la instauración republicana. Fueron muchos los que dijeron que aquello había sido una revolución, razón por la que el RECASÉNS teórico (había otro práctico dedicado a la política: RIVAYA, 2001) pidió que se investigara qué era una revolución. Aunque el libro que nos ocupa tenía una pretensión analítica, conceptual, innegable, el propio autor dejó claro que estaba vinculado al hecho histórico del surgimiento de la segunda República española. Cuando afirmó que las últimas revoluciones que se habían producido tenían un innegable carácter económico, citó «el propio movimiento verificado en nuestra patria» que había traído la República. No decía expresamente que fuera una revolución pero, aunque pueda parecer contradictorio, lo reconocía tácitamente, a la vez que apuntaba la importancia que habían tenido las organizaciones obreras para lograr el triunfo republicano (1932: 33 n.).

Que un acontecimiento histórico explicase la obra no impedía la pretensión teórica de GONZÁLEZ VICÉN, entonces muy influido por el neokantismo. Al comienzo del estudio manifestó unas ideas que serían contra las que lucharía denodadamente el GONZÁLEZ VICÉN maduro. «Vamos a estudiar la revolución —dijo—, prescindiendo de todas las revoluciones que se hayan verificado en el transcurso de los siglos», para descubrir —continuaría— «su íntima envergadura, el auténtico armazón mostrenco» de la revolución (1932: 21). Como páginas más adelante defendería un concepto de Derecho «meramente formal y, por tanto, ayuno de contenido», para el que «lo jurídico es tan

[2] Evidentemente, RECASÉNS y GONZÁLEZ VICÉN coincidieron en la Universidad de Valladolid y tuvo que existir alguna ascendencia del uno sobre el otro, aunque solo en una ocasión he encontrado una cita en la que se diga que GONZÁLEZ VICÉN era discípulo de RECASÉNS, si bien se trata de una información proporcionada por el propio GONZÁLEZ VICÉN (1979b: 17).

solo una forma de lo normativo social» (1932: 68-69), concepto del Derecho que repudiaría y que sería contra el que dirigiría más tarde su especulación jurídica.

Desde luego, llegaría a dar una definición del concepto de revolución: «Todo movimiento surgido en el seno de una comunidad sometida a régimen de Derecho, para derrocar este en su estructura fundamental, de un modo violento» (1932: 55). Esa era la forma a la que tenía que someterse un hecho histórico para poder ser calificado de revolucionario. Importan dos cuestiones: 1) que se trata de un concepto jurídico, porque la revolución solo cabe contra un régimen de Derecho; es un atentado contra la Constitución y si consigue su propósito, por tanto, la revolución se convierte en fuente de una nueva Constitución y un nuevo Derecho, y 2) que tiene carácter violento[3]. Pero el hecho era que se vivían tiempos revolucionarios y el autor no podía obviarlo. Por una parte afirmó que la revolución, no la formal sino la histórica, era «símbolo del progreso jurídico»; era el pueblo en movimiento, en marcha contra el Estado inmóvil, estático (1932: 25-26). Por otra parte, analizó la situación entonces actual y pintó un negro panorama en el que aparecían enfrentados «los altos burgueses» con «la gran masa ciudadana». Dijo que se aproximaba una revolución sangrienta y que había que evitarlo, lo que solo se lograría ofreciendo «mejores condiciones de vida» a los ciudadanos y elevando un Derecho justo que reconociera y promoviera los derechos de todos (1932: 36-37). Por otra parte, distinguió la revolución del golpe de Estado. Mientras que aquella la lleva a cabo el pueblo, este lo realiza un «general», un «caudillo», ante cuya «violencia desplegada» se doblega el pueblo (1932: 51-52). GONZÁLEZ VICÉN parecía premonitorio: en breve estallaría una revolución y un poco después se produciría un golpe de Estado que fracasaría y se convertiría en una terrible guerra civil que también sufriría nuestro autor.

Pero *Teoría de la revolución* no es en realidad un libro, sino dos, «unidos por una no bien fijada bisagra»: el primero trata del concepto de revolución en clave formalista; el segundo expone resumidamente la justificación del derecho de resistencia en la historia del pensamiento político (GIL CREMADES, 1993: 54). Del *segundo libro* merecen la pena las exposiciones de las diversas teorías, pero interesa sobre todo la conclusión, que encierra la opción claramente liberal de GONZÁLEZ VICÉN. ¿Cuándo es legítima la revolución? Cuando el Derecho y el Estado no estén puestos al servicio de los «valores individuales»; es decir, que la revolución solo es un medio para exigir los «derechos básicos». Pero ¿cuánto tienen que ser desconocidos o vulnerados esos valores, esos derechos? (1932: 149). Cuando se trate de un régimen radicalmente injusto o cuando se vulneren esos derechos repetidamente; solo en esa tesitura está justificada e incluso es exigida la revolución: «Es entonces cuando el hombre, agotados sus instintos sociales, vuelve al estado de naturaleza y después de dirigir sus ojos al cielo, los torna airados al puño de la espada» (1932: 150).

Al poco de leer su tesis doctoral, en 1933, GONZÁLEZ VICÉN se presentará a las oposiciones que se habían convocado para cubrir las vacantes de Murcia y La Laguna, cátedras que obtendrían José MEDINA ECHEVARRÍA y Luis LEGAZ LACAMBRA. Así todo,

[3] Desde luego, GONZÁLEZ VICÉN estaba completamente de acuerdo con Luis RECASÉNS, que ya había afirmado que la revolución era una «ruptura violenta del Derecho vigente» (1929: 191), aunque eso es precisamente lo que hacía que fuera difícil llamar revolución a la instauración republicana, como habitualmente se llamaba.

González Vicén lograría dos votos y el presidente del tribunal, Fernando de los Ríos, en nombre de este, lamentó «profundamente, dado el nivel científico» con que la oposición se había desarrollado, «no tener sino dos cátedras para proveer»[4], buena prueba de que la Filosofía del Derecho vivía una edad de plata (Rivaya, 2010: 78 y ss.; 2017: 176). Las siguientes oposiciones que se convoquen, para cubrir las cátedras de Sevilla y Granada, se celebrarán en 1935, obteniendo González Vicén el primer puesto y eligiendo Sevilla, y consiguiendo el segundo José Corts Grau[5].

Poco tiempo después de obtener la cátedra, en 1937, González Vicén publicará su segunda obra, un opúsculo en alemán sobre la filosofía jurídica alemana y española de los últimos tiempos y del presente, siguiendo una práctica que ya comenzaba a convertirse en tradicional, la de escribir panoramas o crónicas de la Filosofía del Derecho, bien de la universal, bien de la nacional. González Vicén dejaría constancia del influjo germánico en el pensamiento jurídico español: el krausismo, pensamiento cuya implantación dura hasta la muerte de Giner de los Ríos, en 1915, pero que luego todavía conservará la ascendencia a través de algunos discípulos y de varias instituciones (1937: 21); el positivismo, representado por Alfredo Calderón y Santiago Valentí Camp (1937: 24); el pragmatismo, cuyo principal representante será Quintiliano Saldaña, influido por William James y John Dewey (1937: 25); el neokantismo, que primero se introdujo en el campo de la filosofía general, siendo Ortega el principal representante, y luego en el de la Filosofía del Derecho, dentro del que habría que citar los nombres de Laureano Díez Canseco y Francisco Rivera Pastor, y luego los de Adolfo Bonilla, Wenceslao Roces y Mingarro San Martín (1937: 27, 28 y 43 n.); la filosofía de los valores, que en el ámbito jurídico se introdujo con las traducciones de Radbruch llevadas a cabo por Luis Recaséns y José Medina (1937: 33 y 43 n.); la fenomenología, que comenzaba a despertar interés (1937: 34). Por fin, la filosofía jurídica del momento —decía— era ecléctica, resultado de la crisis que se vivía, y en el caso español estaba representada por Recaséns, aún influido por Stammler, y por Legaz, más vinculado a Kelsen (1937: 35). Por eso lo que dijo acto seguido resultó sorprendente, que la filosofía jurídica española entonces actual estaba «unida al nombre de Hegel. El hegelianismo español que en la vida política del siglo xix ha tenido una gloriosa tradición —continuó—, ha saltado ahora al primer plano de la actualidad filosófica» (1937: 36-37). Pero ¿qué quería decir González Vicén? Porque, que yo sepa, entre quienes se dedicaban a la Filosofía del Derecho en España nadie, salvo quizá el propio González Vicén, se declaraba seguidor de Hegel o el neohegelismo.

En los panoramas de la filosofía jurídica escritos por otros autores, aunque se reconociera cierta implantación del hegelismo en la iusfilosofía europea, en cambio ninguno admitía que esa tendencia tuviera asiento en España. Según la autorizada voz de Recaséns, en España el hegelismo había tenido representación en la Filosofía del Derecho, pero del siglo xix (1936b: 452-453), mientras que en el presente entonces, en

[4] Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, expediente núm. 9144-1. Interesa apuntar la composición del tribunal: Fernando de los Ríos, presidente; Blas Ramos Sobrino, Luis Recaséns Siches, Antonio Luna y Miguel Sancho Izquierdo, vocales.

[5] Archivo General de la Administración, Educación y Ciencia, expediente núm. 9138-2. También en esta ocasión interesa indicar los nombres de los miembros del tribunal: Manuel García Morente, presidente; Miguel Sancho Izquierdo, Luis Recaséns Siches, Gonzalo del Castillo y Alonso, y José Gaos y González-Pola, vocales.

cambio, resultaba ausente del panorama iusfilosófico, salvo la excepción precisamente de Felipe González Vicén (pues parecía que eso quería decir Recaséns cuando afirmaba) que tomaba «como base para su labor una filosofía de la cultura de orientación neodialéctica» (1936b: 484). En su *Situación presente de la filosofía jurídica*, Medina Echevarría reconocía que el neohegelismo tenía presencia en Italia y Alemania, pero nada decía de España (2009: 109). Luis Legaz, por último, también reconocía que había habido una orientación hegeliana en la Filosofía del Derecho española del siglo xix, pero ya habría desaparecido. De la situación presente tanto de la filosofía como de la iusfilosofía, Hegel parecía ausente: «La filosofía actual sigue, en general, la siguiente trayectoria: partiendo del neokantismo lógico y axiológico, a través del objetivismo fenomenológico, al personalismo y al vitalismo» (1933: 101-104). Felipe González Vicén se enfrentaba por tanto a la opinión general y parecía expresar un deseo o una predicción del futuro más que una realidad.

En cualquier caso, *Las líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, de Hegel, fue precisamente su primera traducción, iniciándose así una labor a la que se dedicaría con acierto y competencia a lo largo de casi toda su vida. En la «Advertencia preliminar» al librito de Hegel diría de su pensamiento que era «el más profundo esfuerzo en la historia del espíritu humano para aprehender la esencia ética de Derecho y del Estado» (1935: VIII), nada menos. En cualquier caso, pasados los años, González Vicén informará de que el movimiento neohegeliano había tenido una corta vida, desintegrándose en los años treinta «sin dejar apenas huellas tras de sí» (1986b: 272). Durante tiempo, sin embargo, se le tuvo por hegeliano. Pero *Deutsche und Spanische Rechtphilosophie der Gegenwart* se publicó en 1937 y ahora tenemos que volver, inevitablemente, al año anterior.

3. GUERRA CIVIL, DEPURACIÓN, EXILIO Y REGRESO (1937-1946)

Como sabemos, en 1936 Felipe González Vicén ya era catedrático en la Universidad de Sevilla, pero el 18 de julio, en plenas vacaciones estivales, se encontraba en Berlín ampliando sus estudios. Como otros compañeros que se hallaban en el extranjero (Alfredo Mendizábal o Blas Ramos, entre los filósofos del Derecho) de repente se encontró en la tesitura de tener que decidir qué hacer y resolvió no volver inmediatamente, aunque lo haría en breve. Con su mujer y su hija, en noviembre tomará el vapor alemán *Monte Pascual* y, vía Lisboa, llegarán a finales de ese mes a Sevilla. Alrededor de esas fechas, sin embargo, se iniciará un expediente depurador de sus «responsabilidades»[6]. Mientras se tramitaba, Felipe González Vicén dejará Andalucía, refugiándose en Valladolid, donde se encontraba su hermano Luis, un importante jefe de Falange, y donde coincidió con y se hizo amigo de Dionisio Ridruejo, que lo describió de la siguiente manera: «Tenía una figura maciza y un espíritu agilísimo que se le salía por los ojos. Era irónico. Procedía de la izquierda [...] Vicén, que se aburría bastante, viajaba conmigo frecuentemente, pues mi oído era liberal aunque mis convicciones del momento fueran fascistas» (2007: 191).

[6] El expediente se encuentra en el Archivo General de la Administración, Sección de Educación y Ciencia, legajo 31021, núm. 176. Una última narración de este procedimiento en Petit, 2015.

El expediente se resolvería con la separación definitiva del servicio y la inhabilitación para cargos directivos y de confianza, es decir, con la privación de la cátedra, dados por buenos los cargos que se le imputaron: significado izquierdista; gran propagandista y profesor «de ideas extremísimas, para cuya difusión —decía el pliego— pensaba emplear la cátedra, según declaraba en las oposiciones» (¡!). ¿Por qué se le sancionó? Desde luego, su ideología no coincidía con la de los sublevados y eso ya pudiera ser suficiente para justificar el castigo, pero muy probablemente hubo tras la deliberación una pugna entre las diferentes tendencias que había entre los rebeldes, entre falangistas y conservadores. Además, entre estos últimos tuvo especial peso Miguel SANCHO IZQUIERDO, de la CEDA, catedrático de Zaragoza cuya relación con nuestro protagonista parece que era de completa enemistad. Fue este, que formó parte de los dos tribunales de oposiciones a cátedra a las que se presentó GONZÁLEZ VICÉN, quien le atribuyó declaraciones asombrosas que presuntamente habría hecho en aquellas oposiciones; que con su docencia trataría «de difundir y propagar el materialismo histórico, que era su doctrina», pues habría hecho «manifestaciones claras y sin rebozo de ideales comunistas y socialistas». Por supuesto, nada de esto es creíble y así se lo hizo saber Felipe GONZÁLEZ VICÉN a la comisión de depuración, aunque se explica por el juicio final que el cedista emitió sobre él: se trataba nada menos que del profesor más pernicioso de la Universidad española (PETIT, 2015; FERNÁNDEZ 2017: 33).

Evidentemente, la influencia de su hermano Luis, que era algo más que un dirigente, como he dicho antes; (creo que no exagero si digo que) se le tenía por un héroe o casi un héroe falangista[7]; esa influencia le evitó males mayores —explicó RIDRUEJO—, pero no fue bastante para impedir «que el fanático don Enrique Suñer», que dirigía la Comisión de Educación, le privase de su cátedra. Entre quienes trataron de ayudarle estuvieron, además de RIDRUEJO, VALDECASAS y, quizá también, VEGAS LATAPIÉ (RIDRUEJO, 2007: 191 y 379-380).

Una vez conocida la sanción, GONZÁLEZ VICÉN y su familia pudieron huir de España «gracias a amigos fraternales» (1986a: 317). Se instalarían en Berlín, donde Felipe

[7] De Luis GONZÁLEZ VICÉN, que yo sepa, aún está por narrar su vida, en muchos sentidos asombrosa, digna de una novela (realmente de varias novelas ya ha sido protagonista) o una película. Fue a la vez médico y hombre de acción, curiosamente. Falangista de los primeros momentos, del grupo de Valladolid (cuyos principales representantes serían José Antonio GIRÓN, Dionisio RIDRUEJO y él), participa en importantes acciones bélicas durante la guerra y adquiere gran prestigio. Aunque fue de los defensores de la pureza nacional-sindicalista, colaboró con el régimen de Franco desde muy diversos cargos: gobernador civil en Alicante (1941-1944), director del llamado Servicio de Información e Investigación de FET y de las JONS (servicio de espionaje) (1944-1948), procurador en Cortes (1943-1949; 1955-1964), miembro del Consejo Nacional del Movimiento, primer lugarteniente de la Guardia de Franco, presidente de los Círculos José Antonio (1961-1965), etc. Aún está por escribir su apasionante y apasionada biografía, decía, que abarca capítulos como el de su encarcelamiento antes de la guerra civil en la cárcel de Ávila, en junio de 1936, huyendo con el estallido bélico el día 19 de julio y participando con fortuna en distintas acciones bélicas, lo que le confirió gran fama; la elaboración y comienzo de ejecución de un plan para liberar a José Antonio, prisionero en la cárcel de Alicante; la participación en los sangrientos sucesos de Salamanca, que acabaron con el encarcelamiento de Hedilla, del que fue opositor; realmente fue de los que admitió la unificación siempre que se reconociera que la revolución falangista se aplazaba hasta el término de la guerra; la impresionante liquidación de la guerrilla asturiana, operación que él dirigió, encargado nada menos que por Franco directamente; aunque fracasadas, las conversaciones con la CNT, en pleno régimen franquista, para aunar posturas sindicales; sus incendiarias proclamas nacional-sindicalistas bajo el franquismo; su extrema enemistad con Carrero Blanco, etc. Aunque se podría apuntar una abundante bibliografía sobre el GONZÁLEZ VICÉN falangista, la única biografía que conozco, brevísima, corresponde a uno de los historiadores que más tiene que saber del relevante falangista: SANZ ALBEROLA, 2003.

será contratado por la Universidad como profesor de Filología y donde les encontrará la guerra mundial[8]. Probablemente el hecho de asentarse en Alemania y la materia de su docencia hicieron que continuara con una línea de investigación que había iniciado en 1937 con su estudio sobre las iusfilosofías alemana y española, y que se puede denominar hispanista: en la primera parte de la década de los cuarenta escribió sobre el pensamiento de UNAMUNO, sobre DONOSO CORTÉS y sobre la decadencia española, a la vez que tradujo textos de importantes hispanistas alemanes como Karl VOSSLER, Peter RASSOW y Richard KONETZKE.

Hasta donde puedo saber, en marzo de 1943 GONZÁLEZ VICÉN sigue en Berlín pero a fines de este año ya se encuentra en Madrid y en septiembre de 1944 también, lo que me hace creer que tras la vuelta, en 1943, se quedó en España definitivamente (RIVAYA, 2017: 186). El exilio de GONZÁLEZ VICÉN ya había acabado, aunque todavía necesitará algunos años para recobrar la cátedra. En 1946 solicitará el reingreso y la reposición, decidiéndose la «reincorporación al servicio activo cuando haya vacante» (PETIT, 2015), que se producirá poco después, al dejar Antonio TRUYOL la cátedra de La Laguna que había obtenido en 1945. Por Orden de 27 de julio de 1946 se le nombra catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho natural, en la Universidad de La Laguna: se lograba así una solución satisfactoria para las autoridades franquistas: reingresaba GONZÁLEZ VICÉN, pero no se le devolvía su cátedra de Sevilla, sino que se le encargaba la de La Laguna, quedando apartado así, en una especie de destierro, de los centros del *poder iusfilosófico*.

En la Universidad de La Laguna, Felipe GONZÁLEZ VICÉN pronto se convirtió en un «personaje mítico», que exigía el uso de corbata a sus alumnos, quienes le tenían que esperar fuera del aula hasta que él entrara; cuyas clases eran cortas pero intensas, incluyendo performances como la de «la narración de la muerte de Sócrates, desgarradora hasta las lágrimas, suyas y de los alumnos, que convertían el aula en un verdadero *lacrymarum vallis*». La «leyenda viceniana» también incluye aperitivos de ocho o nueve horas (MARTÍN CABRERA, 2007: 174). Por lo demás se puede hacer un seguimiento de su vida académica en el Archivo de la Universidad de La Laguna[9], donde obran noticias de otras asignaturas de las que se tuvo que hacer cargo (Filosofía antigua, Derecho civil, Sociología), además de las propiamente iusfilosóficas; de las muchas estancias en el extranjero que dedicó a la docencia y la investigación (en Inglaterra y en Holanda pero, sobre todo, en Alemania, muchas veces en la Universidad de Heidelberg); de qué cargos académicos se ocupó (vicedecano, decano, rector en funciones), etcétera.

En cualquier caso, establecerse en el nuevo y definitivo destino canario y algunas traducciones le llevaron el resto de la década de los cuarenta. La nueva etapa

[8] La siguiente noticia que tenemos de la persecución que sufrió remite a 1937, cuando la embajada alemana en España desaconsejó que se le invitase a dictar una conferencia sobre «La teoría de la revolución en los juristas españoles de los siglos XVI y XVII» (HERA, 2002: 396 n.). Posteriormente, en enero de 1938, el Instituto Iberoamericano de Berlín solicitó la edición de una revista escrita en español y parece que estaba previsto que la dirigiera Felipe GONZÁLEZ VICÉN, pero «su pasado republicano y socialista» suscitó recelos, por lo que se pidieron informes a las autoridades españolas, que respondieron desaconsejando el nombramiento: «El ministro de Educación Nacional, Pedro Sainz Rodríguez, contestó a esta solicitud diciendo que los antecedentes que obraban en su Ministerio eran poco favorables a González Vicén, lo que hizo que su aprobación se retrasara indefinidamente» (HERA, 2002: 396).

[9] Archivo de la Universidad de La Laguna: ES38203 AULL (pendiente signatura).

significó poner punto final a su afán hispanista y la vuelta a la Filosofía del Derecho. Pero de su llegada a Tenerife hay que destacar una noticia: nada más ingresar en la Universidad de La Laguna, en el curso 1946-1947, GONZÁLEZ VICÉN se encargará de pronunciar la lección inaugural, que llevará por título *La filosofía del Estado en Kant*. La noticia es relevante porque demuestra, desde un primer momento, la independencia de criterio de GONZÁLEZ VICÉN, en un marco poco proclive a la independencia de criterio como era el universitario bajo el franquismo. La elección del tema no encajaba en el orden filosófico establecido, que describen bien las palabras de GIL CREMADES: «Estamos ante una época de auge del iusnaturalismo, salvaguarda última de una formación jurídica que tiene como horizonte la confesionalidad del Estado y la moral pública que se cree consustancial con ella» (1985: 231). O las de DELGADO PINTO: «Se trata de un momento en que la Filosofía del Derecho en España tiene un perfil muy preciso. Pues, con muy contadas excepciones que corresponden a personas que accedieron a sus cátedras antes de la guerra civil, sus cultivadores profesan un iusnaturalismo neoescolástico, escolar y no polémico, con escasa apertura a las corrientes filosófico-jurídicas foráneas» (1984: 347-348). Como señalará DELGADO también, GONZÁLEZ VICÉN sería una excepción en el ambiente reinante (2006: 421-422).

Pero si en el resto de los años cuarenta casi no publicó nada, en los cincuenta comenzarán a aparecer artículos e introducciones a los libros por él traducidos, al principio poco a poco, con no demasiada continuidad, alcanzando mayor frecuencia según fue haciéndose mayor; sobre todo en la década de los ochenta. 1950 será un año importante porque es cuando aparece su primera gran publicación sobre el positivismo jurídico, *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, y podemos usarlo como frontera que distingue una primera parte de su vida: inicio de la carrera académica y de la producción intelectual, atracción por diversas corrientes, sufrimiento de las vicisitudes de la historia de España y de Europa, es decir, de la guerra civil y la segunda guerra mundial; y la segunda parte, ya establecido y apartado en Canarias, dedicado a la investigación y la docencia, con opciones intelectuales más firmes. Ya he dicho que creo que lleva razón Manuel ATIENZA cuando señala en ese año, 1950, el comienzo de su etapa de madurez (1983: 44).

Antes de pararme en su pensamiento, he de referir que aun siendo GONZÁLEZ VICÉN un solitario y estando alejado en Canarias, no dejó de participar en la *reproducción* de la academia universitaria, formando parte de tribunales de cátedra en importantes oposiciones. En 1953, por ejemplo, fue vocal en el tribunal que le otorgaría la cátedra de Sociología en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, de Madrid, a un filósofo del Derecho, Enrique GÓMEZ ARBOLEYA. Interesa conocer la composición del tribunal, no solo porque tres de los vocales también fueran filósofos del Derecho, sino por los encuentros de GONZÁLEZ VICÉN con algunos compañeros: lo presidía Francisco Javier CONDE y los vocales fueron, además de nuestro protagonista, Miguel SANCHO IZQUIERDO, Luis LEGAZ LACAMBRA y Torcuato FERNÁNDEZ MIRANDA. Frente a Salvador LISSARRAGUE, el otro aspirante, los miembros de la comisión votaron consensuadamente a favor de GÓMEZ ARBOLEYA, admirado por todos pero de quien GONZÁLEZ VICÉN fue su mayor valedor. Antes de la guerra ambos habían estudiado en Berlín con Nicolai HARTMANN (PELÁEZ, 1992: 55-115).

4. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN

Contextualizada la vida del filósofo en este periodo crucial de la historia europea[10], hay ahora que exponer el grueso de su pensamiento, que se puede calificar con total seguridad de positivista, aunque quizá qué sea el positivismo para GONZÁLEZ VICÉN no resulte tan obvio como a primera vista pudiera parecer. Peo sin duda significa la negación del Derecho natural, negación que es un buen punto de partida para presentar su especulación.

4.1. El Derecho natural según GONZÁLEZ VICÉN

Lo definió en muchísimas ocasiones, así que basta con referirse a algunas de esas definiciones para que quede claro, a su juicio, en qué consistía ese pretendido Derecho. Por ejemplo, dijo que era «un orden objetivo que se predica de la naturaleza humana y que el discurso especulativo puede, por eso, descubrir» (1979a: 18). Más extensamente narró que el iusnaturalismo, «cuyos orígenes se hallan en la sofística griega, y que recorre y domina casi ininterrumpidamente el pensamiento jurídico occidental durante más de veinte siglos, descansa sobre un dogma relativamente sencillo», conforme al cual «solo hay un Derecho, el derivado de la naturaleza humana y cognoscible al hombre por el discurso racional o intuitivamente como ley *in cordibus scripta*; un Derecho válido para todos los tiempos y pueblos, inmutable, siempre igual a sí mismo» (1979a: 372). Sintéticamente lo definió como «un deber ser absoluto» (1979a: 57). Desde otro punto de vista el Derecho natural se identifica con el racionalismo y, en este sentido, es una fe, una creencia en la capacidad de la razón del hombre para distinguir entre lo justo y lo injusto, y para descubrir cuáles son las normas adecuadas para vivir en comunidad (1984a: 117). El Derecho natural es Derecho racional, «una regulación intemporal de la vida humana en común» producto de la razón (1979a: 31). No todos los críticos del Derecho natural negarán que se pueda enjuiciar racionalmente el Derecho, pero todos, eso sí, rechazarán que haya un Derecho racional; no hay más Derecho que el positivo, dirán (1984a: 206).

GONZÁLEZ VICÉN dedicó muchos estudios al historicismo, del que dijo que había refutado definitivamente el Derecho natural (1987a: 247): puesto que no existe el Derecho sino los Derechos, órdenes singulares de convivencia que surgen en un momento y en un lugar determinados, pretender que hay un Derecho abstracto, válido universalmente, resulta ilusorio (1984a: 138). Enfrentado al historicismo, el Derecho natural es precisamente una ideología ahistórica sino antihistórica —dice—, que presenta como universal y absoluto lo que es producto de una época y un pueblo (1979a: 357-358). Realmente, lo que se llama Derecho natural no sería sino «la proyección en forma de principios absolutos de la cultura jurídica de una época» (1979a: 262); por eso, que

[10] No debía dejarse de lado el estudio de la peripecia biográfica, cuando el mismo GONZÁLEZ VICÉN reconocía que había casos en que no cabía pensar la obra intelectual independientemente de la vida del autor, en que «su existir concreto y su pensamiento filosófico» formaban una unidad, como dijo él de NIETZSCHE (1989a: 22-23). Pero lo creía en general: «Querer entender una obra, una personalidad "en sí", fuera del curso general de las realizaciones humanas es una quimera», sentenció (1979b: 19), y es cierto.

el contenido cambie tanto de una versión a otra del mismo (la estoica, la cristiana, la racionalista, etc.) es «la más contundente refutación» del Derecho natural, pues demuestra que no es único ni está sustraído a la historia (1979a: 358). En nuestra cultura aparecerán claramente las contradicciones del Derecho natural —dirá— una vez que se destruya el consenso del medievo, que abarcaba todos los ámbitos: el ético, el jurídico y el religioso (1979a: 374). En fin, el juicio que le merecía no era precisamente complaciente; no pasaba de ser una simple fantasía: «Pensar en un Derecho justo por naturaleza, invariable y que obligue éticamente, es dejar vagar la imaginación por rutas que no conducen a ningún sitio», sentenció (1989b: 107).

Pero visto qué es el iusnaturalismo, ¿cómo procede este pensamiento? Elevando a la categoría de natural aquello que se quiere justificar, que así luego se encuentra «postulado como valor absoluto»; es decir, se trata de un «juego de manos» que sirve para llevar al engaño a los perjudicados por ese discurso, en palabras de ENGELS que cita y comparte GONZÁLEZ VICÉN (1984b: 175-176). Por último, aceptar el pretendido Derecho natural sería tanto como renunciar a decidir por uno mismo, una dejación moral inadmisible, porque es más fácil vivir bajo el «régimen despótico» del Derecho natural que libremente, «bajo el régimen de la propia responsabilidad» (1979a: 398). En otra ocasión dirá que ese orden eterno pretende alcanzar la «seguridad ética», convierte en «fungibles las decisiones individuales» y no es, en el fondo, sino «la otra cara del nihilismo ético» (1979a: 205)[11].

4.2. El positivismo jurídico según GONZÁLEZ VICÉN

Pero si para GONZÁLEZ VICÉN resultaba claro lo que era el Derecho natural, más dificultades entrañaba averiguar en qué consistía el positivismo jurídico, hasta el punto de que él mismo fue añadiendo matices y rectificaciones a su parecer a lo largo de su obra. En su amplio trabajo de 1950, *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, dijo que el positivismo jurídico consistía en la aplicación al estudio del Derecho de los principios del positivismo filosófico (1979a: 53); pero en su trabajo de 1967, «Sobre el positivismo jurídico», afirmó que esa identificación era un error, porque aunque había sectores del positivismo jurídico que utilizaban el método del positivismo filosófico, otras corrientes de la misma dirección no lo usaban sino que se servían de otros métodos distintos (1979a: 172). En este último artículo vino a decir que mientras que podía establecerse con cierta facilidad el mínimo común a las distintas teorías del Derecho natural, resultaba más difícil cuando se trataba del positivismo jurídico porque en este, aseguró, «los contornos se difuminan y toda precisión desaparece» (1979a: 171). Quizá porque se podía entender el positivismo jurídico de dos maneras distintas: como «una nueva formulación del objeto y el método de la Filosofía

[11] No queda duda, por tanto, de que GONZÁLEZ VICÉN fue un crítico acérrimo del Derecho natural y, sin embargo, cuando se encontró con la construcción de Ernst BLOCH, pareció aceptarla. Desde luego, nunca antes había dicho del Derecho natural que se trataba de «una idea fecunda y éticamente inexquivable» (1979a: 360). Parece paradójico que BLOCH se ocupe con el Derecho natural —afirmó—, por tratarse esta de una ideología básicamente ahistórica, pero lo que hace el filósofo de la esperanza es reinterpretarlo como «utopía jurídica», como conciencia anticipatoria de un mundo por venir, un mundo mejor, manifestación del espíritu utópico de los seres humanos (1979a: 357-363).

del Derecho» o como «un intento de dar respuesta definitiva a los problemas así planteados». En el primer sentido, forman parte del positivismo jurídico todas las filosofías que ven en el Derecho un orden concreto de la conducta humana, determinado por la sociedad y la historia. Así, en el marco del positivismo jurídico se hallan tanto los partidarios del empirismo como los defensores del neokantismo, la fenomenología, el neohegelismo, etc. En el segundo sentido, en cambio, el positivismo jurídico es el empirismo, la filosofía que utiliza el método inductivo para acceder al conocimiento sobre el Derecho (lo que no consigue, por cierto) (1979a: 128-136). Cuando así se habla de positivismo no se podría decir que el neokantismo o la fenomenología, por ejemplo, son positivistas.

Realmente, se han apuntado rasgos diversos a la hora de caracterizar el positivismo, a veces contradictorios entre sí (la manifestación del positivismo filosófico, el formalismo jurídico, una teoría de las fuentes del Derecho, una teoría de la validez jurídica, la obligatoriedad absoluta de obedecer la ley, el relativismo ético, el agnosticismo axiológico, etc.), lo que complica su identificación, al igual que se ha clasificado de diversas maneras, lo que también significa una complejidad añadida. Ya hemos visto que González Vicén distinguió entre el iuspositivismo como problema y como solución, pero también diferenció entre una corriente que fue de Hobbes a Kant, cuyas ideas giraron en torno al orden y la seguridad, y que excluyó de la especulación jurídica «todo criterio de valoración» que no fuera inmanente al mismo Derecho, y otra corriente que se puede denominar historicista, que descubrió el Derecho formando parte del orbe histórico, al lado de otras muchas manifestaciones de la cultura de cada pueblo. Esa clasificación volvió a utilizarla al distinguir entre una teoría del Derecho «formal y voluntarista» y otra propia del «historicismo». La primera identifica Derecho y ley escrita, convirtiendo el positivismo jurídico en «positivismo de la ley», expresión con la que González Vicén designa lo que más habitualmente se denomina positivismo ideológico, «una doctrina devastadora que va a dar al nihilismo ético carta de naturaleza en la ciencia jurídica». En cuanto a la teoría historicista, la otra forma de positivismo, refiere el Derecho a «una realidad anterior» y «hace posible un mínimo de exigencia ética» (1984: 222)[12]. Pero ¿cuál era al fin el rasgo del iuspositivismo? En este punto González Vicén aportó criterios que excluirían a muchos que se tienen por positivistas y que se enfrentan al entendimiento común actual de lo que es el positivismo.

A su juicio, lo característico del positivismo es entender el Derecho como «normatividad social», una realidad que tiene su fundamento no en ningún deber sino en el mismo «ser social», lo que significa que es manifestación de una sociedad determinada, no puede ser de otra forma, y solo comprensible desde esta. Así, el Derecho no puede ser comprendido, como algunos pretenden, sin tener en cuenta sus fines, contenidos, causas, etc. En cuanto a la validez jurídica, para el positivismo no se encontraría en el exterior sino en la esfera de su propia autonomía. En este punto, González Vicén se enfrentará a dos tesis que habitualmente se predican del positivismo: no es cierto —dirá— que el Derecho pueda tener cualquier contenido, «aun el más absurdo

[12] Todavía va a aportar otra clasificación más detallada del positivismo jurídico, no apriorística sino referida a sus grandes manifestaciones históricas, cuando diferenció entre el positivismo historicista, el positivismo imperativista o normativista y el realismo jurídico, en referencia sobre todo al norteamericano (1979a: 178-195).

e inicuo», sino el que le corresponde, el exigido por «una realidad social concreta»; ni tampoco es cierto que el positivismo niegue todo imperativo ético en lo tocante a la obligatoriedad jurídica, a la vez que convierte esta en absoluta; quiere decir que el positivismo no se identifica necesariamente con el llamado positivismo ideológico (1979a: 195-205).

Para explicar estas dos tesis hay que referirse a los comentarios que GONZÁLEZ VICÉN hizo, muchos años más tarde, en 1967, sobre la relación entre la teoría del Derecho y el nazismo, cuyo hundimiento trajo consigo lo que se llamó el «renacimiento del Derecho natural», a la vez que la acusación al positivismo de ser el causante de aquella aberración histórica y, por tanto, responsable de todo lo ocurrido en los que describió como los «años más oscuros de la historia europea».

Realmente, semejante pretensión resultaba errada —dijo GONZÁLEZ VICÉN— por varios motivos: por una parte porque no resistía el más mínimo análisis histórico; por otra porque suponía una visión equivocada de lo que era el positivismo jurídico. Sobre la historia, eximió de responsabilidad al positivismo. Es más, «de haberse observado el principio, luego tan vilipendiado, de "la ley es la ley", muchos de los crímenes no se hubieran cometido, o no se hubieran cometido al menos por juristas y tribunales» (1979a: 200 n.). En cuanto a la defectuosa comprensión de lo que fuera el positivismo jurídico, ya quedó apuntado que era defectuosa en un doble sentido. Por un lado (1), GONZÁLEZ VICÉN negaba una tesis de la que suele afirmarse que resulta esencial para que haya positivismo jurídico, precisamente; la tesis de la indiferencia del contenido, la de que cualquier contenido (salvo lo necesario y lo imposible, según KELSEN) puede ser Derecho. Según GONZÁLEZ VICÉN, en cambio, al ser el Derecho «un fenómeno social, individual y concreto», ocurría que el contenido no era ni mucho menos indiferente, «sino su elemento esencial», y por tanto no podía ser cualquiera, incluso el arbitrario e injusto, sino el exigido en cada momento por la sociedad, como ya habían apuntado SAVIGNY, IHERING o los realistas norteamericanos (1979a: 201). Por otro lado (2), en cuanto a la pretendida obligación absoluta de obedecer el Derecho, que habría desarmado la conciencia moral de los alemanes en general y de los juristas y jueces alemanes en particular, logrando así que obedecieran el Derecho nazi, el positivismo nada decía, al contrario precisamente que el iusnaturalismo, que sí afirmaría la obligación absoluta de obedecer un orden jurídico histórico porque asume el Derecho natural. Ya sabemos que GONZÁLEZ VICÉN parece ver en el positivismo ideológico, que él llama «positivismo de la ley», una distorsión del verdadero positivismo, una doctrina catastrófica que, a su juicio, aunque paradójico a primera vista, tiene la misma raíz que las restauraciones del Derecho natural: «Ofrecer pautas incontrovertibles del obrar»; en el primer caso la ley; en el segundo, supuestas proposiciones racionales de actuación (1984a: 225). Por eso precisamente, para GONZÁLEZ VICÉN es el positivismo el que hace posible el problema de conciencia ante una norma o un orden jurídico injustos, problema que no cabe en el iusnaturalismo (1979a: 202-203).

4.3. El formalismo según GONZÁLEZ VICÉN

Aun matizando el concepto de una u otra manera, de lo que no cabía duda, por tanto, era de que GONZÁLEZ VICÉN defendía el positivismo jurídico; sin embargo fue

también un crítico implacable del formalismo, tendencia del pensamiento jurídico que muchos consideran positivista, precisamente, contra la que arremetió en múltiples ocasiones por ser la causante de una visión distorsionada, fantasmal, del Derecho (1985a: 27). A la cuestión dedicó un artículo ya clásico en 1961, «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», pero se ocupó de esa dirección en muchas otras ocasiones.

Efectivamente, muchas veces definió o apuntó los rasgos más sobresalientes de lo que entendía por formalismo jurídico. Lo hizo con gran claridad y belleza en el estudio preliminar a la traducción que llevó a cabo de *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, de AUSTIN. Evidentemente, quería caracterizar el formalismo de AUSTIN, pero, al hacerlo, presentó una caracterización general. Sería formalista toda teoría que distingue en el Derecho una doble organización, «una estructura permanente y un contenido variable», siendo únicamente la primera susceptible de ser conocida científicamente (1979a: 22). En el canónico trabajo de principios de los sesenta sobre el formalismo, vino a identificarlo con un dogma conforme al cual no es posible conocer científicamente el Derecho «como realidad histórica concreta», sino que solo su forma abstracta puede ser aprehendida «con validez universal», científicamente, por tanto; ya sea entendida como «principios superiores», como «sistema conceptual», como «formas puras de conciencia», etc. (1979a: 141). Vino a dar una definición del formalismo cuando dijo que con él, el Derecho «queda despojado de todo contenido y proyectado en la esfera abstracta de lo meramente formal» (1985a: 53). Más adelante afirmó que formalista era aquella perspectiva «ciega para toda clase de valores y que ignora conscientemente la dinámica social que sustenta el fenómeno jurídico» (1987a: 224). Por fin, en el que creo que fue su último artículo identificó el formalismo jurídico con el entendimiento del Derecho «como un conjunto de proposiciones abstractas unidas entre sí por conexiones lógico-formales y cuya validez última deriva de proceder directa o indirectamente de un centro superior de poder»; se trata de un Derecho «en sí», que reposa «sobre sí mismo» y está «desprovisto de toda teleología y de toda relación con la realidad social» (1991: 482).

En fin, el formalismo es una tendencia de la ciencia jurídica que comparten muy diversas doctrinas, como la ya señalada de AUSTIN; pero de la que más se ocupó GONZÁLEZ VICÉN fue de la Jurisprudencia de conceptos, la más conocida versión alemana del formalismo, que encontró su versión extrema en el llamado primer IHERING (1987a: 223). Señal de que concedía importancia a la cuestión, en varias ocasiones apuntó el extraño, incluso tortuoso camino que convirtió el historicismo en un formalismo. El positivismo y el historicismo surgen, evidentemente, frente al Derecho natural, al que niegan y, sin embargo, paradójicamente, incorporan su gnoseología, el «racionalismo constructivo» (1979a: 176), a la ciencia jurídica que proponen, una metodología que es incapaz por principio de conocer lo singular y concreto, cuando el ordenamiento jurídico es precisamente eso, singular y concreto (1979a: 147-148).

Resulta entonces que la escuela histórica considera el Derecho en concreto: el Derecho de un pueblo determinado en un momento determinado, eso es el Derecho. Pero curiosamente para conocerlo se va a servir de «conceptos generales», transmutando aquel Derecho real en su «estructura lógica inmanente», en una «estructura formal»; dicho de forma plástica, en el «esqueleto» conceptual que ya no corresponde

a aquel Derecho concreto, sino a cualquier Derecho (1979a: 157, 159 y 161); es decir, se ha convertido un Derecho concreto, dispuesto a ser estudiado científicamente, en el Derecho abstracto, en «el» Derecho «en absoluto» (1979a: 165). Contra esta arquitectura lógica de conceptos, contra el formalismo que representa, se van a ensayar muy diversas críticas que GONZÁLEZ VICÉN compendiará y asumirá.

Así, la ciencia del Derecho formalista era «una ciencia sin Derecho» (1979a: 23), calcada de «la metodología y la sistemática jusnaturalista» («criptojusnaturalismo»), que impedía conocer la realidad jurídica en su especificidad, en su concreción, sustituyéndola por una «mera proyección lógico-formal en la esfera del pensamiento» (1979a: 168-169). No extraña que nuestro pensador reivindicara a GIERKE y al segundo IHERING, principales críticos del conceptualismo, tendencia que falla porque la jurídica es una realidad histórica que no puede ser comprendida «con independencia de su contenido», al decir de GIERKE, por lo que el formalismo es incapaz de lograrlo (1979a: 329-330); porque ni el Derecho es «una mera estructura lógica» ni la ciencia del Derecho puede ser «una ciencia encerrada en sí misma», lo que la convierte en «ciega para toda clase de valores» y conscientemente ignorante de «la dinámica social que sustenta el fenómeno jurídico», al decir de IHERING (1987a: 224, 233). En fin, en las ciencias del espíritu el formalismo se olvida de lo que es esencial, «el contenido concreto y la función» de aquello que se quiere conocer (1991: 490).

4.4. KELSEN y la teoría pura según GONZÁLEZ VICÉN

Por diversos motivos, es el momento de que aparezca KELSEN en escena. Es cierto que en su *Teoría de la revolución*, para dar explicación del Derecho posrevolucionario, GONZÁLEZ VICÉN utilizaba los esquemas de KELSEN, hasta el punto de que presentaba dos teorías sobre la revolución como posibles, una que otorgaba primacía al orden jurídico estatal y otra que se la daba al internacional (1932: 61-64 y 70), y que ambas provenían del autor de la teoría pura (1932: 85), del que el joven iusfilósofo español alababa su «profunda agudeza sistemática» y al que seguía confiadamente a la hora de presentar el orden jurídico (1932: 41-42 y n.). Pero esto ya no volverá a ocurrir.

En «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», un trabajo muy amplio cuyo contenido está bien descrito por el título, a KELSEN casi no lo cita, y en el de 1961, «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», si lo cita es para llamarlo *criptojusnaturalista*; es más, para decir primero que en KELSEN ese *criptojusnaturalismo* que distingue tajantemente dos esferas incomunicadas entre sí, la del ser y la del deber, «alcanza su expresión clásica» (1979a: 196-197), y después para confirmar definitivamente que KELSEN no es positivista, porque «el positivismo jurídico entiende el Derecho como "normatividad social", es decir, como un orden que tiene su origen y su fundamento en un "ser", en el ser social», no en un deber ser, porque así lo exija la lógica (1979a: 199). Quizá se tratara de un maximalismo porque en otras ocasiones lo describirá como «un famoso y radical positivista de nuestros días» (1984a: 206). Quizá, para ser exactos, KELSEN sería un perfecto representante del positivismo como planteamiento de los problemas jurídicos pero no del positivismo como solución de esos problemas; es decir, KELSEN no es un empirista,

evidentemente, sino el constructor de «la más abstracta y consecuentemente formal de todas las teorías neokantianas» (1985a: 49).

En fin, lo que GONZÁLEZ VICÉN no acepta de ninguna manera es esa propuesta metodológica tan querida para KELSEN que insiste en distinguir la forma del contenido, lo que explica que quienes así piensen crean que el Derecho puede tener cualquier contenido, «aun el más absurdo e inicuo» (1979a: 200-201), y que se puede estudiar de manera pura, lo que sería a costa del olvido de la realidad social, lo que es tanto como decir del olvido del mismo Derecho que pretende querer conocer, pues este forma parte de aquella: «La ciencia jurídica trata de fijar los contornos del Derecho en toda su pureza, pero si, al hacerlo así, olvida la realidad social que conforma la materia jurídica, el Derecho mismo se le escapa de entre las manos» (1979a: 332-333). Entonces, la teoría pura del Derecho, debido a su pureza precisamente, se vuelve incapaz de conocerlo, de estudiarlo, de dar cuenta de él. Por fin, en «Sobre el neokantismo lógico-jurídico» expondrá sintéticamente la doctrina de KELSEN y luego la desahuciará definitivamente: «Tras su pretendido esquema formal del Derecho, también en KELSEN, como en todo sistema que pretende ser estrictamente racional, acecha y se hace presente la experiencia por todas las junturas de la construcción» (1985a: 50).

4.5. La filiación iusfilosófica de GONZÁLEZ VICÉN (I): el historicismo

En fin, ya está dicho que GONZÁLEZ VICÉN se reconocía positivista, pero no en el sentido de KELSEN ni en ningún sentido formalista. Entonces, ¿qué tipo de positivismo profesó? Teniendo en cuenta las clasificaciones que el propio autor hizo de esta corriente, ¿dónde se encuadraba? Si el positivismo se puede entender como (un modo de plantear el) problema o como (un modo de hallar la) solución, GONZÁLEZ VICÉN era positivista en el primer sentido. Si cabe distinguir entre el positivismo historicista, el normativista o imperativista y el realista, GONZÁLEZ VICÉN se encontraría más cerca del historicista, aunque hay que decirlo con cautela.

Admitido que el historicismo era una corriente del pensamiento que va de MONTESQUIEU, MÖSER, BURKE y HERDER a SAVIGNY (y luego continúa su andadura hasta nuestros días), políticamente conservadora, cuando no ultraconservadora, y que presta una justificación absoluta al orden establecido, al Derecho histórico (1979a: 178-182; 1984a: 141-143), no creo que a GONZÁLEZ VICÉN se le pueda llamar historicista. Desde luego, difícilmente se puede creer que fuera partidario del que llamó positivismo imperativista o normativista; de hecho distinguió entre el positivismo jurídico historicista, del que dijo que era «fecundo y concreto», y el «de la ley», del que no dijo nada (1979a: 44). No era partidario de ese positivismo imperativista que en gran medida era legalista, decía, pero como los partidarios de este, tampoco él creía que la justificación del Derecho fuera absoluta como pretendían los seguidores del historicismo (1979a: 183). Por otra parte, parecía compartir la razonable crítica de MARX a la escuela histórica, cuestión a la que dedicó una monografía: lo que está establecido no resulta justificado por el hecho de haber llegado a establecerse (1984a: 195). Pero entonces, ¿en qué sentido se puede decir de GONZÁLEZ VICÉN que era historicista? En un sentido metodológico. Si hay dos grandes tendencias a la hora de concebir el pensamiento jurídico y social, la (nomotética) que cree que el Derecho y la sociedad tienen que

entenderse desde ideas abstractas y principios generales, y la (ideográfica) que afirma que tienen que comprenderse desde sí mismos, teniendo muy en cuenta lo particular y concreto (1979a: 316-317), GONZÁLEZ VICÉN era, sin duda, partidario de la segunda dirección. Lo reconoció expresamente en las «Palabras preliminares» del segundo libro recopilatorio de sus artículos cuando dijo que el denominador común de estos era de «naturaleza metódica, a saber, aquella premisa de todo el historicismo europeo que ya formulaba SAVIGNY en sus lecciones universitarias de juventud: entender el objeto desde sí mismo, no desde puntos de vista abstractos, sino desde el horizonte en el que el objeto se hace real y cobra sentido» (1984a: 9).

4.6. La filiación iusfilosófica de GONZÁLEZ VICÉN (II): el marxismo

Sin embargo, en GONZÁLEZ VICÉN también hay una veta marxista que fue desarrollándose a lo largo de su obra, aunque en problemática relación con otras direcciones que se daban cita en ella. Depende de cómo se utilicen las palabras, se puede decir que el marxismo es un historicismo o no: lo es en tanto que afirma contundentemente que todo Derecho es histórico, que todo pensamiento jurídico es histórico, que toda concepción de la justicia es histórica, etc., pero no lo es (o puede interpretarse que no lo es) porque formula una ley general a la que pretende que se someten las sociedades humanas, la del determinismo económico, que probablemente la mayoría de los que se suelen llamar historicistas rechacen, por lo menos, por abstracta. En fin, si por historicismo entendemos el pensamiento de SAVIGNY y otros similares, entonces el abismo es insalvable; un marxista solo lo podrá calificar de idealista, sino cosas peores.

Si comenzamos con el primer libro de GONZÁLEZ VICÉN, *Teoría de la revolución*, en él asegura que solo avanzado el siglo XIX podrá hablarse de una obra «verdaderamente científica sobre el socialismo y el comunismo», *El Capital*, de MARX (1932: 33 n.), y será casi cincuenta años más tarde cuando califique a MARX (o, mejor, acepte la calificación dada por otros) de genio, el único capaz de enfrentarse a HEGEL (1984a: 149). Pero aparte de esos juicios laudatorios, para observar e interpretar la manera en que GONZÁLEZ VICÉN utilizó los planteamientos de MARX y de ENGELS hay que partir de la dedicación principal del iusfilósofo, que como ya se dijo y repitió no fue otra que la historia del pensamiento jurídico, aunque se trataba de una historia de las ideas en sentido estricto más que de una historia social de las ideas; es decir, examinaba las tesis de esta o aquella corriente intelectual, sus contradicciones y fallas, cómo se enfrentaban a otras, su desarrollo hasta dar lugar a nuevas ideas, etc. Por supuesto, no dejaba de hacer alguna referencia al origen social del pensamiento, pero no era esta una cuestión en la que se parase, a la que dedicara demasiado tiempo ni espacio. Era entonces cuando afirmaba algo que bien pudiera defender un marxista[13]: que el Derecho natural racionalista fue la ideología de una clase social revolucionaria que buscó en él «una justificación histórica absoluta para la acción» (1979a: 219); que el histori-

[13] En la entrevista que le hicieron ATIENZA y RUIZ MANERO, cuando los entrevistadores le dicen que alguna de sus tesis parece tener cierto «sabor» marxista (en referencia a la que encuentra la causa del iusnaturalismo de la posguerra mundial en ciertos fenómenos burgueses), responderá que para defender dicha tesis no es necesario adoptar «un determinado punto de vista político, sino solo abrir bien los ojos y ver lo que realmente ha acontecido ante nosotros» (1986a: 322).

cismo jurídico se puso al servicio de la «burguesía conservadora de la Restauración», para la que el presente poseía valor absoluto (1979a: 181 y 221); que el formalismo que ve en el Derecho nada más que «un conjunto de reglas abstractas enlazadas entre sí por vínculos de validez formal» no es sino una ideología burguesa, en el sentido de que, aunque puede asegurar y sancionar cualquier *statu quo*, se pone al servicio de la burguesía y de la defensa de sus intereses (1985a: 52); que la teoría que encuentra en la seguridad jurídica la razón de la obediencia al Derecho es «la ideología clásica de la clase burguesa» acerca del deber de obediencia (1979a: 380); que el darwinismo social, con su ropaje cientifista y su formulación de una ley natural universal que justifica la explotación, es una doctrina típica de la burguesía (1984b: 163); que el renacimiento del Derecho natural tras la segunda guerra mundial no fue sino «un síntoma más de la inseguridad y la desorientación de una clase social agnóstica, carente de fe en sus destinos históricos», la burguesía industrial del siglo XIX (1979a: 204); que la filosofía de los valores era la ideología de la clase dominante «en la sociedad actual» (1986b: 280). En fin, expresamente dirá refiriéndose al siglo XIX que todas las grandes ideologías de ese siglo están muy vinculadas «con la estructura y la problemática de la sociedad burguesa» (1984b: 164). Si además nos paramos en sus descripciones de la burguesía, a la que entenderá como clase social «carente de toda base ética para su dominación y falta de toda fe en sus destinos históricos» (1979b: 20); «una clase social agresiva y explotadora» (1984b: 163); una «clase depredadora y explotadora» (1985: 52), repetirá; y si vemos también cómo presentaba la sociedad capitalista, como «una de las sociedades más injustas e inmisericordes que ha conocido la historia» (1979a: 384); parecía que sí había una orientación marxista en GONZÁLEZ VICÉN.

Por lo demás, aunque no dedicara un trabajo a la exposición del pensamiento jurídico de MARX, sí se ocupó de ese pensamiento cuando expuso la crítica a la filosofía especulativa de HEGEL, que convertía lo concreto en abstracto y lógicamente necesario (1984a: 197-198), o la crítica a la escuela histórica, que sacralizaba el sistema sociopolítico que fuera por el simple hecho de llegar a estar establecido (1984a: 195). Pero nos interesa más aún el uso que hizo en su especulación de conceptos provenientes de MARX, como los de praxis, emancipación, ideología o crítica. Así todo, la atracción que parecía sentir por el marxismo varió a lo largo de su obra. A veces no manifestaba ningún influjo; a veces sí. Será en su más polémico trabajo, «La obediencia al Derecho» (1979a), cuando se manifieste, en lo tocante al Derecho, marxista sin reparos, pero eso lo veremos más adelante; antes hay que analizar un fundamental trabajo suyo que produjo otra interesante polémica, aunque larvada, en este caso.

5. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO CONCEPTO HISTÓRICO (1969)

Finalizaba la década de los sesenta cuando Felipe GONZÁLEZ VICÉN publicó un artículo que, al igual que otros trabajos suyos, estaría llamado a lograr un enorme predicamento en la doctrina española: «La Filosofía del Derecho como concepto histórico». En él, GONZÁLEZ VICÉN se enfrentaba a toda la historia del pensamiento jurídico desde una perspectiva peculiar, la que se fijaba no solo en la especulación, sino, sobre todo, en el rótulo que la designaba. En concreto, se preguntaba por qué a fines del siglo XVIII había comenzado a dejar de utilizarse la denominación «Derecho natural» a cambio

de la otra más moderna de «Filosofía del Derecho». Además, apuntaba que le parecía muy significativo que los iusfilósofos no se hubieran percatado de la importancia del trueque, considerándolo una cuestión intrascendente. ¿Realmento lo era?

5.1. La teoría de la Filosofía del Derecho como concepto histórico

Para procesar todo el material histórico que estudiaba, partía GONZÁLEZ VICÉN de una dualidad de categorías. A su juicio, los conceptos podían ser históricos o formales, esto es, que todos los conceptos que a lo largo de la historia se habían acuñado eran de uno u otro tipo: históricos cuando se vinculaban necesariamente a una «estructura histórica», de tal forma que no podrían aplicarse con sentido a realidades ajenas a ella; formales, en cambio, cuando no sufrían esa dependencia y se utilizaban indistintamente para referirse a una realidad, se diera en uno u otro momento de la historia. Como cualesquiera otros, los conceptos formales habrían nacido en un espacio y un tiempo, y en ese sentido también eran históricos, pero habrían evolucionado de tal suerte que sus rasgos particulares se habrían ido perdiendo, a la vez que tales conceptos ganaban en abstracción. Precisamente era esa generalidad la que hacía posible que se aplicaran a «un número más o menos extenso de fenómenos históricos». Así, eran formales los conceptos de «grupo, cohesión, movilidad, clase, comunidad, sociedad», entre otros, lo que quería decir que podrían aplicarse a realidades que pertenecieran tanto a la Grecia clásica como a la Roma Imperial, a la Edad Media como al mundo contemporáneo. Frente a ellos, por unas u otras razones, los conceptos históricos no habrían tenido una evolución como la de los anteriores, a consecuencia de lo cual valdrían perfectamente para designar el concreto fenómeno al que se refirieran, pero no ningún otro, por más que fuera similar o análogo. Estado, *polis* griega, feudalismo o capitalismo, por ejemplo, se referirían a una concreta realidad y no a ninguna distinta, de tal forma que si se utilizaban con el fin de aprehender una diferente de la que les fuera propia, quedarían desvirtuados. Lo mismo pasaba, por lo que se refiere a las disciplinas científicas, con la sociología, cuyo *nomen* no podría aplicarse con rigor a la especulación que sobre la sociedad llevó a cabo Aristóteles, por ejemplo. Sociología, lo que se dice sociología, no habría existido hasta el siglo XIX, cuando apareció la sociedad «como un ámbito independiente y dotado de leyes propias». Al igual que pasaba con la ciencia de la sociedad, la Filosofía del Derecho y el Derecho natural también eran conceptos históricos, y eso tenía sus consecuencias. El no haber sabido verlas era un gran defecto de quienes ahora se autoproclamaban iusfilósofos (1979a: 207-212).

Frente a todos aquellos que entendían que la Filosofía del Derecho era la especulación que alrededor del Derecho se había elaborado desde los tiempos antiguos hasta los actuales, GONZÁLEZ VICÉN oponía una tesis potente que lo negaba; frente a quienes se reconocían iusnaturalistas y, además, se pretendían filósofos, GONZÁLEZ VICÉN les advertía que ambos títulos no eran compatibles. En efecto, según su argumentación una reflexión era la Filosofía del Derecho y otra el Derecho natural, sin que la primera incluyera a la segunda, como «interesadamente» pretendían algunos. La Filosofía del Derecho era exactamente lo que rezaba el título, filosofía de «el» Derecho, el histórico, el concreto, el único existente. La especulación que no lo tenía en cuenta no era iusfilosófica, precisamente porque esta ya no creía «en normas de validez intemporal

superiores a los Derechos históricos, sino en la comprensión de estos desde un punto de vista universal». Eso es lo que ocurre a fines del siglo XVIII, principios del XIX, cuando comienza a arrumbarse la vieja denominación de «Derecho natural» a cambio de la que hoy ya es común, «Filosofía del Derecho». Nuevos temas, nuevos problemas, nuevos métodos, serían lo característico de la Filosofía del Derecho Positivo. Ya no interesarán las cuestiones ontológicas, metafísicas, éticas; ahora priman las que se refieren a la teoría de la ciencia, a la lógica, a la sociología. Corte radical, por tanto, el que se había producido en aquellas fechas, que no solo servían para separar el tiempo en que se usó una y otra expresión, sino para alumbrar una nueva disciplina, lo que recuerda la teoría de los paradigmas de KUHN (ATIENZA 1983: 54). «Filosofía del Derecho», por tanto, era un concepto histórico que solo hallaba cabal sentido si se ponía en contacto con el tiempo que la había visto nacer, el tiempo del positivismo. Afirmar, como habitualmente se hacía, que todos los que habían reflexionado sobre el Derecho eran filósofos (ARISTÓTELES, CICERÓN o Tomás DE AQUINO) solo ayudaba a la confusión, decía GONZÁLEZ VICÉN (1979a: 212-257).

5.2. Algunas críticas a la teoría de la Filosofía del Derecho como concepto histórico

En la argumentación de GONZÁLEZ VICÉN, como vimos, se diferenciaban claramente dos momentos: primero un detallado estudio histórico donde descubría cómo había comenzado a utilizarse y luego a «popularizarse» la denominación «Filosofía del Derecho», y tras él otro que apuntaba cómo debería utilizarse correctamente la referida denominación. Se trata, empero, de dos desarrollos que no tendrían por qué aceptarse conjuntamente. Quiero decir que el reconocimiento de la tesis histórica no habría de implicar la aceptación de la tesis final; o sea, reconocer que a fines del siglo XVIII y durante gran parte del XIX la Filosofía del Derecho sustituyó al Derecho natural, no había de significar necesariamente admitir que la primera expresión, actualmente, no pudiera incluir el significado de la segunda. De hecho dentro de España, aun tímidamente, algunos iusfilósofos contestaron a GONZÁLEZ VICÉN. Creo que fueron tres las respuestas más relevantes, las de LEGAZ LACAMBRA, DELGADO PINTO y PÉREZ LUÑO.

La crítica de LEGAZ tiene especial interés, pues se trata —a mi juicio— (y junto con GONZÁLEZ VICÉN, por cierto) de uno de los iusfilósofos españoles más representativos del siglo, y por aquel entonces, además, ya no se mostraba crítico con el iusnaturalismo, como había hecho en el pasado. Sin embargo, hay que conocer la personalidad de Luis LEGAZ para comprender su postura. Primeramente, y en la misma obra, aceptó plenamente la tesis referida: utilizar la expresión Filosofía del Derecho para referirse a la especulación anterior a la del positivismo jurídico —dijo— es «un modo de hablar, admitido por el uso, y al que también recurriremos por comodidad, pero que solo se legitima si se tiene conciencia de su relativa impropiedad» (1979a: 25-26). Después no entró en polémicas, incluso volvió a aceptar el estudio histórico que servía de base a la tesis historicista y que explicaba el origen del *nomen*, pero ahora se negó, en cambio, a admitir la prescripción en que concluía GONZÁLEZ VICÉN: «Lo más que podrá decirse es que un pensamiento simplemente atenido a los planteamientos del o de los iusnaturalismos clásicos no sería "Filosofía del Derecho" porque no tendría acceso a

los temas que interesaron realmente a esta como realidad histórica concreta». Pero los iusnaturalismos —decía— habían avanzado y trataban de ponerse al día, al menos en el reconocimiento de la problemática. Que la filosofía jurídica y su rótulo moderno hubieran nacido en un determinado momento no había de significar que su contenido hubiera quedado fijada «de una vez para siempre» (1979a: 34-35).

Por las mismas razones que en el caso de LEGAZ, otra crítica que se debe apuntar es la de DELGADO PINTO. No le dedicó mucho espacio a la cuestión, pero sí el suficiente para expresar su desacuerdo. A la expresión Filosofía del Derecho añadió la de «en sentido amplio», para escapar así de la crítica historicista, y acto seguido añadió: «Estimo que tan erróneo es sostener que la Filosofía del Derecho contemporánea, del siglo XIX en adelante, se constituye en función de una temática radicalmente nueva, como desconocer que los problemas que suscita la reflexión filosófica sobre el Derecho adquieren en cada época histórico-cultural un perfil y una relevancia peculiares que exigen un nuevo planteamiento y un nuevo enfoque metodológico» (1975: 25-26).

En cuanto a PÉREZ LUÑO, acudiría a un instrumental estructuralista para desmontar la tesis que predicaba que el de Filosofía del Derecho es un concepto histórico. Para empezar porque una cosa es una actividad, que puede ser secular, y otra una terminología, que puede haber aparecido recientemente. Pero también porque «pueden establecerse, y es legítimo hacerlo, nexos entre estructuras pertenecientes a contextos históricos diferentes», que es a lo que se denomina «sincronía», y lo que posibilita que los conceptos no se queden encerrados en las circunstancias de su génesis. Al igual que el concepto de «homología», que se refiere a conceptos identificados con términos distintos, «aunque su función histórica sea la misma». Por fin, negar que la función valorativa sea propia de la Filosofía del Derecho —decía— sería tanto como privar a esta de sentido (2006: 83-85), porque la reflexión iusfilosófica se legitima por la crítica.

5.3. Un análisis de la teoría de la Filosofía del Derecho como concepto histórico

Creo que habremos de distinguir dos tipos de argumentos a la hora de analizar la doctrina que nos ocupa. Por una parte, los que se refieren a la justificación de la tesis «en sí misma»; por otra, los que se fijan en sus efectos, en los logros que se obtienen defendiéndola, a la vez que hay que determinar si son o no deseables. Es decir, primero nos preguntaremos si la argumentación es correcta y después, caso de que lo sea, si es útil.

Que la Filosofía del Derecho sea un concepto histórico es una tesis que se basa, precisamente, en una investigación histórica que, como todas las de GONZÁLEZ VICÉN, está bien trabada, y creo que se encuentra en buena medida aceptada[14]. Ahora bien, el método que sigue GONZÁLEZ VICÉN es el de alumbrar ese material histórico a la luz de

[14] Aunque también hubo quien la criticó; es el caso de Francisco CARPINTERO: «La crisis del Derecho natural moderno [...] dio lugar, ciertamente, al positivismo jurídico [...] pero también aparecieron otras corrientes del Derecho natural que se opusieron a los mitos del iusnaturalismo moderno [...] La opinión, por tanto, según la cual, la aparición de la "Filosofía del Derecho positivo" determina la desaparición definitiva de cualquier reflexión sobre el Derecho que no parta del Derecho positivo, está fundamentada en unos datos históricos inexactos» (1988: 141).

dos categorías. A su juicio —ya se dijo—, los conceptos pueden ser históricos o formales. Los que correspondieran a la primera categoría no formarían parte de la segunda y, al revés, los que fueran formales no serían históricos. Sin duda hay casos en que es así, pero ¿no habrá otros en los que semejante rigidez constituya un problema? ¿Acaso no habría conceptos más o menos históricos, conceptos más o menos formales? Y, además, si todos los conceptos son inevitablemente históricos en sus inicios, ¿por qué unos se formalizan y otros no? ¿Cómo sabremos cuándo un concepto ha pasado a ser abstracto, se ha formalizado, y otro se ha mantenido apegado a sus concretos orígenes?

Que ejemplos que el mismo GONZÁLEZ VICÉN utiliza nos dejen insatisfechos muestra —creo yo— esa rigidez de la que hablé. Porque parece claro que el de «polis griega» es un concepto necesariamente histórico, pero no ocurre lo mismo con los de «sociedad» o «clases» o «revolución» o «Estado», que a veces pueden utilizarse como conceptos históricos y a veces como conceptos formales. ¿Quién ha de decidir si un concepto se ha formalizado o sigue apegado a sus orígenes históricos? ¿Quién ha de decidirlo sino el lenguaje común y el científico? Si el lenguaje es convención, ¿vale la argumentación de GONZÁLEZ VICÉN para destruir el acuerdo reinante acerca del uso de la expresión «Filosofía del Derecho», cuando habitualmente se utiliza en un «sentido amplio»? Desde luego, no veo la razón que avale la incorrección del entendimiento que ve en el Derecho natural otro tipo de reflexión iusfilosófica. Es más, creo que ahí se encuentra el momento deficitario de la argumentación de GONZÁLEZ VICÉN, pues es cierto que *explica* con gran perfección la génesis del término, pero no *justifica* convincentemente que deba utilizarse solo de la manera que él propone. Al contrario, se podría afirmar que el de Filosofía del Derecho es un concepto formal porque, por expresarlo con palabras del mismo GONZÁLEZ VICÉN, se trata del «resultado de un proceso abstractivo que va eliminando, cada vez más, los rasgos individuales de cada concreción histórica, hasta llegar a una definición *nominaliter* que, justamente por su falta de contenido, puede predicarse de un número más o menos extenso de fenómenos históricos» (1979a: 208), tanto del positivismo jurídico como del Derecho natural.

Así todo, pudiera ser que los efectos del empleo de la expresión tal como GONZÁLEZ VICÉN propugnaba fueran beneficiosos. Mas ¿qué beneficios se podrían obtener de esa restricción? Más bien podría ser aliada de la confusión. Creo que lo expresó perfectamente Encarnación FERNÁNDEZ cuando dijo que para GONZÁLEZ VICÉN «la Filosofía del Derecho no es una reflexión filosófica cualquiera sobre el Derecho, sino una forma específica de reflexión filosófica sobre el Derecho que surge a comienzos del siglo XIX ligada a la aparición del positivismo jurídico, de modo que las reflexiones filosóficas anteriores sobre el Derecho no habrían sido lo que hoy entendemos por Filosofía del Derecho» (en LUCAS, 1994: 414).

En fin, frente a la rupturista doctrina hay razones para afirmar tanto que el de Filosofía del Derecho es un concepto formal, como que la expresión debe utilizarse «en un sentido amplio». Desde luego que no se debe entender que sea una razón el simple hecho de que se haya impuesto un particular uso del *nomen*, pero cuando esto ocurre tampoco debe modificarse la práctica si no existen buenos argumentos a favor del cambio. Además, de la Filosofía del Derecho, como de otros muchos conceptos, se puede predicar su carácter histórico y su carácter formal, según los casos. Entonces podría utilizarse en ambos sentidos, pero siempre y cuando se especificara en cuál

de ellos se estaba usando: «Reflexión filosófica sobre el Derecho» y «Filosofía del Derecho» no siempre significarían lo mismo (1979a: 212). La nueva situación, por desgracia, sería de mayor complejidad y podría dar lugar a la confusión, cosa que ningún lenguaje puede desear. ¿Qué ocurriría cuando no se explicitara el significado del término? Salvo que se especifique otra cosa, creo que lo más razonable sería llamar Filosofía del Derecho a toda reflexión filosófica sobre el Derecho, es decir, admitir la Filosofía del Derecho como concepto formal: la especulación que alrededor del Derecho se elevó desde Grecia hasta nuestros días, y que tiene algunos de sus más significados modelos en Platón, Aristóteles, Cicerón, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Suárez, Grocio, Kant, Hegel, Hobbes, Montesquieu, Hume, Bentham, Austin, Savigny, Ihering, Marx, Stammler, Ortega, Kelsen, Ross, Bobbio, Hart, González Vicén y otros.

El comentado artículo apareció en 1969, mientras Felipe González Vicén estaba participando como miembro del tribunal de unas famosas oposiciones a cátedra (junto a compañeros que, conforme a la tesis del carácter histórico del concepto de Filosofía del Derecho, quizá no fueran filósofos del Derecho), proceso que duró más o menos siete años y que significó el fin del franquismo desde la perspectiva académica de la Filosofía del Derecho. En 1974, tras unas vicisitudes dignas de ser noveladas, o filmadas por Berlanga[15], Gil Cremades y Elías Díaz alcanzaban las cátedras de las Universidades de Zaragoza y Oviedo respectivamente, con los votos de Felipe González Vicén, José Delgado Pinto y Nicolás María López Calera. Al poco moriría Franco y se abría un apasionante periodo de transición política.

6. LA OBEDIENCIA AL DERECHO (1979)

Precisamente durante la transición, en 1979, González Vicén publicaría un pequeño artículo titulado «La obediencia al Derecho» que se iba a convertir en la obra más discutida de la Filosofía del Derecho española del siglo xx, nada menos. Más allá de que se compartan o no sus postulados y su conclusión, que creo que pocos compartieron o, incluso, que ninguno de los que intervinieron en el debate admitió completamente, debe reconocerse que se trata de otra obra maestra de su Filosofía del Derecho que, en pocas páginas, lograba sintetizar bellamente una temática y exponía después, ahora de manera expresa, su postura. Decía que la tesis de González Vicén no fue admitida por nadie o casi nadie, lo que no le resta un ápice de interés, pero también es cierto que sus críticos se pueden clasificar según fueran más o menos comprensivos (Gascón, 1997: 156), aunque de nuevo hay que decir que la mayoría fue poco o nada comprensiva (sin que esto significara ninguna falta de respeto hacia quien era un maestro de la filosofía jurídica española, evidentemente). Por supuesto, hay que añadir que «el revuelo en torno a su tesis sobre la obediencia al Derecho» no debe «hacer olvidar su dedicación casi exclusiva a la historia del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo» (Gil Cremades, 1991: 476), pero en un trabajo como este resulta necesario acercarse a ella una vez más y tratar de diseccionarla.

[15] Se encuentran narradas con detalle tanto por Gil Cremades (2016: 282-287) como por Elías Díaz (2018: 71-86).

La obrita versaba sobre una temática querida por el autor, de la que ya había escrito en más ocasiones, la de la obligación moral de obedecer el Derecho. Con gran precisión y belleza había expuesto las posturas de KANT o de GIERKE al respecto (1979a: 32-33 y 299-302), por ejemplo, o había clasificado las tesis que se habían ocupado de la cuestión. Por lo que se verá, esta clasificación (realmente no de todas las teorías sobre la obediencia al Derecho sino solo) de las que afirman la obligación de obedecerlo; esta clasificación, decía, es importante: 1) para unas, el Derecho es un medio para conseguir un fin que tiene carácter absoluto, lo que convierte en absoluto el deber de obediencia, como ocurre en la doctrina de HOBBES; 2) para otras, si el Derecho positivo coincide con otro Derecho ideal de valor absoluto, es decir, si el Derecho es justo conforme a esos parámetros, también obliga absolutamente, como aseguran las clásicas doctrinas iusnaturalistas, y 3) por fin, otras afirman el valor del Derecho por ser expresión del alma popular, que de esta forma lleva en sí mismo la rotunda obligación de cumplirlo, como ocurre en las teorías de distintas corrientes historicistas (1979a: 296-297).

En «La obediencia al Derecho», sin embargo, no repitió esa clasificación de las teorías al respecto sino que elaboró otra nueva, distinguiendo entre: 1) teorías que no plantean bien el problema, es decir, que no responden a la cuestión de por qué se debe obedecer el Derecho, sino a la otra de por qué se obedece (es decir, explican la obediencia, no la justifican), como la teoría del «derecho del más fuerte», las teorías del reconocimiento y otras como la de IHERING y la de KELSEN, cuyas respuestas giran en torno a la coacción; 2) teorías iusnaturalistas, para las que el Derecho positivo obliga cuando coincide con el natural o, al menos, no lo contradice, mientras que pierde fuerza de obligar en caso contrario; teorías que como ya sabemos GONZÁLEZ VICÉN critica por muy diversas razones, y 3) teorías que ven en «el orden y la certeza de las relaciones humanas» las razones para la obediencia al Derecho, cuyas más clásicas expresiones son la de HOBBES y la de KANT, para los que el Derecho es el medio para lograr las ansiadas paz y seguridad; teorías que cabe calificar como burguesas, en el sentido de que buscan justificar la protección de los intereses de esa clase social (1979a: 367-385). Llama la atención que en esta nueva clasificación GONZÁLEZ VICÉN no incluya las corrientes historicistas, doctrinas que afirman la obligatoriedad del Derecho, pero no por ninguna de las razones citadas hasta ahora, sino por ser el Derecho una creación popular como lo es la lengua, por ejemplo, que lleva especialmente incorporada una íntima responsabilidad de todos en lo tocante a su cuidado. Llama la atención porque si se califica a GONZÁLEZ VICÉN de historicista, como habitualmente se hace, en este caso va a presentar una teoría terminantemente antihistoricista, hiperindividualista y en buena medida abstracta, en el sentido de que niega radicalmente obligatoriedad moral alguna, vincula la ética a la conciencia individual, sin tener en cuenta para nada a la comunidad, y da una misma respuesta a todos los casos, sin que quepa ninguna otra.

Pero hay que explicar el sentido y contextualizar en el espacio y el tiempo el discutido artículo (para lo que contamos con dos notas/comentarios del mismo autor aparecidas en la revista *Sistema*), que vio la luz por vez primera en 1979, es decir, poco después de que se estrenara la Constitución. La vinculación con el momento histórico, al poco de la muerte de Franco y su régimen, la señaló el mismo autor: «La aparición del artículo estaba calculada para coincidir, más o menos, con el momento en que los españoles volvían a tomar en sus manos sus propios asuntos y a gestar ellos mismos el Derecho que había de regir sus vidas en el futuro» (1989b: 105). ¿No era esa circuns-

tancia, por cierto, una razón para obedecerlo?, habrá quien se pregunte. Desde la perspectiva de la historia del pensamiento, GONZÁLEZ VICÉN se enfrentaba expresamente al positivismo que denominaba legalista, más comúnmente llamado ideológico, que afirma que existe una obligación absoluta de obedecer el Derecho «tan solo por razón de su validez formal» (1985b: 101-102).

6.1. La teoría de la (des)obediencia al Derecho

La tesis, enunciada literalmente con sus palabras, decía así: «Mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia» (1979a: 388). Ahora tratemos de clarificarla.

Para aclarar la tesis de GONZÁLEZ VICÉN, se esté o no de acuerdo con ella, creo que sería bueno completarla, por una parte; sintetizarla en una nueva fórmula, por otra, y especificarla en algunos aspectos. Diría así: partiendo de una primera premisa conforme a la cual la obligación moral es el imperativo absoluto de la conciencia ética individual y, segunda premisa, dado que el Derecho es un orden normativo que unos hombres imponen a otros y, más en concreto, un instrumento de dominación de clase; de ambas premisas se sigue la siguiente tesis: mientras que no existe una norma moral que establezca que se debe obedecer el Derecho, en ocasiones sí hay una norma moral absoluta que establece que se debe desobedecer. Este último matiz es importante porque, si no se tiene en cuenta, puede parecer que nunca se debe obedecer el Derecho y siempre se debe desobedecer, y no es eso lo que dice GONZÁLEZ VICÉN (ATIENZA, 1983: 68; FERNÁNDEZ, 1987: 96)[16]. Lo que dice es que en aquellas ocasiones en que hay una coincidencia entre el mandato de la conciencia individual y el mandato del Derecho, hay que obrar conforme ordena aquella, lo que es lo mismo que obrar de acuerdo con el Derecho; es decir, aunque no haya una obligación moral de obedecerlo, en este caso se actúa como él establece. En cambio, en aquellas ocasiones en que la conciencia individual manda algo contradictorio con lo que manda el Derecho, entonces es obligatorio desobedecer lo que dice este; es decir, en este caso hay una norma moral que dice que se debe desobedecer el Derecho por ser incompatible con la conciencia individual.

Pero hay que explicar los postulados que sirven de premisas del razonamiento, pues sin ellos no cabe mantener la teoría. En cuanto a la obligación moral, ¿qué era esta? Lo dijo de forma meridianamente clara: «Los imperativos de la conciencia individual», una «exigencia absoluta», una «ley objetiva», el requerimiento del «ímpetu ético» de la personalidad (1979a: 385-386; 1989b: 108). Dicho con las canónicas palabras de GARCÍA AMADO, nuestro filósofo expresaba «una visión profundamente individualista de la conciencia ética» (1993: 354).

[16] Pasados los años, Manuel ATIENZA realizaría una relectura de la tesis de GONZÁLEZ VICÉN (y de Javier MUGUERZA) que conviene apuntar: «Pienso que lo que, en el fondo, uno y otro quieren decir es que las razones últimas en el razonamiento práctico son siempre las razones morales, de manera que el que tiene que aplicar el Derecho o que seguir alguna de sus reglas no puede prescindir nunca de plantearse la cuestión de si ese comportamiento es o no conforme con la moral. Y, por eso, lo que a mí me parece que está sobreentendido en su planteamiento es que no puede haber una obligación ética de carácter general de obedecer el Derecho, pues entonces, ese juicio crítico, caso a caso, ya no sería posible» (2016: 361). No habría una obligación moral general de obedecer el Derecho, pero podría haber la obligación moral de obedecer normas jurídicas particulares.

En cuanto al Derecho, dejó claro que era un conjunto de esquemas de comportamiento, de normas, que unos hombres imponen a otros con la pretensión de que sometan a ellos su conducta. Tan radical heteronomía parece que le otorgaba un carácter negativo, disvalioso, pero también advertía de que formaba parte de las normatividades sociales (entre las que no citaba la moral, pero sí el honor, el pudor, los usos, las tradiciones, el Derecho, etc.) que al crear expectativas de conducta recíproca transformaban la sola coexistencia en «verdadera convivencia humana»; es decir, convertían un grupo humano amorfo en «una sociedad en el pleno sentido de la palabra» (1979a: 365-366). Pero al margen de esta valiosa misión en la que participaba el fenómeno jurídico, estaba claro que se trataba de un orden heterónomo y expresamente manifestaba GONZÁLEZ VICÉN que entonces, al igual que el resto de las convenciones sociales, no podía generar obligaciones morales, «porque el concepto de obligación y el de un imperativo procedente de una voluntad ajena y revestido de coacción son términos contradictorios» (1979a: 386). Pero también hay que advertir que si bien no había razones morales para obedecerlo, podría haberlas de otro tipo: «Al Derecho se le obedece por multitud de causas prácticas pero no por vivencias éticas» (1989b: 105).

Para GONZÁLEZ VICÉN, por tanto, el Derecho era imposición de unos sobre otros, mas también creaba la sociedad. Lo que de positivo pudiera parecer que había en él, sin embargo, quedó pronto descartado, pues nunca antes había defendido tan claramente una concepción marxista de lo jurídico como ahora va a hacer. El marxismo venció al historicismo, podríamos decir. En el artículo originario manifestó que había que «abrir los ojos», dejar de lado piadosas concepciones y ver el Derecho como lo que realmente era, como poder, como «instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales», pero un instrumento revestido por una ideología sublimadora que afirmaba la obligación moral de obedecer las normas jurídicas, y así explicaba todas las doctrinas que afirmaban el deber de obediencia (1979a: 386-387). En «Una anticrítica» lo repitió; vino a decir que no aceptaba concepciones idealistas del Derecho (como la de ELÍAS DÍAZ), pues este no era más que «un orden coactivo» que sirve a los intereses de una clase en perjuicio de los de otra, además de ocultar esa situación engañando a los perjudicados, haciéndoles creer que se defiende el interés de todos por igual (1985b: 102-103). Así todo, la concepción marxista del Derecho que ahora defendía solo era un argumento a mayor abundamiento en favor de su tesis sobre la (des)obediencia al Derecho porque, si no estoy equivocado, incluso el Derecho que más justo fuera conforme a la mayoría de los estándares posibles, no pudiendo dejar de ser heterónomo, sería incapaz de generar una obligación moral en nadie.

De ambas premisas (dicho rápidamente), que la obligación moral es autónoma y el Derecho es heterónomo, se seguía que este no podía exigir (moralmente) a nadie su cumplimiento, pero en caso de que la norma jurídica contradijera la voz de la conciencia de un individuo, entonces este tendría la obligación moral absoluta de desobedecerlo. ¿A quiénes puso GONZÁLEZ VICÉN como ejemplos de desobedientes éticos? A quienes lucharon contra el fascismo en la resistencia, que fueron «detenidos, maltratados, torturados y finalmente decapitados, sin que de su boca saliera la palabra que sus verdugos esperaban» (1989b: 109). Con ese ejemplo, no es extraño que antes hubiera dicho que el desobediente ético tenía «toda la razón de su parte» (1985b: 104), pero ¿en todos los casos ocurriría así?

6.2. La polémica acerca de la (des)obediencia al Derecho

En pocos años, a lo largo de la década de los ochenta y parte de los noventa, se producirían tantas críticas y comentarios a la doctrina vista que se volvió necesario establecer clasificaciones para desenmarañar la madeja de censuras y glosas, y explicar cada una de ellas, además de las palabras de González Vicén, que quizá no resultaran especialmente claras. Es más, llegó a organizarse un congreso, el de Oviedo de 1990, titulado «Obligatoriedad y Derecho», vinculado en buena medida a la controversia, como vinieron a señalar Delgado Pinto (VVAA, 1991: 15), Montoro Ballesteros, que expresamente dijo que el congreso era un «eco y prolongación» del debate (VVAA, 1991: 315-316), y Modesto Saavedra, que aseguró que las jornadas de Oviedo eran la prueba de que la discusión aún no había cesado, a la vez que pasó a participar en ella (VVAA, 1991: 460). Creo que también aquel congreso explica el artículo en buena medida definitivo que García Amado (1993) dedicó a clasificar todas las intervenciones de la polémica y a clarificar esta.

Quisiera comenzar indicando cómo se calificó la teoría de González Vicén. Manuel Atienza dijo que tenía «un innegable valor polémico» (1983: 68) y pasados los años diría que la había defendido «con gran radicalidad» (2016: 342); Elías Díaz la adjetivó de «provocativa» (1984: 79), calificativo que también utilizaron Esperanza Guisán (1988: 131) y Javier Muguerza, que además dijo que era brillante (1987: 27), adjetivo este último que también utilizó, junto al de «lúcida», Pérez Luño, aunque eso no bastara, advirtió, «para convencer de su virtualidad» (1991: 85). De «desafortunada», en cambio, la tildó Adela Cortina (1988: 519). Según Marina Gascón resultaba «original» y de un «interés incuestionable» (1997: 152), mientras que Montoro Ballesteros afirmó que tenía un «tono radical y aire revolucionario» (VVAA, 1991: 317). En cuanto al debate también fue común adjetivarlo. Delgado Pinto dijo que se trataba de una polémica «altamente interesante» (VVAA, 1991: 15), algo parecido a lo que había dicho Marina Gascón, que era una «enriquecedora polémica» (1990: 114), sin duda porque había producido «frutos de alta calidad», en palabras de Modesto Saavedra (VVAA, 1991: 460). De «animada polémica» la trató Adela Cortina antes de adentrarse en la discusión (1986: 171) y luego la llamó «famosa disputa» (1988: 519). Interesa especialmente lo que pensó de todo aquello González Vicén, que primero tachó la polémica de «acerba», en referencia expresa a la crítica de Elías Díaz (1985b: 101), y más tarde dijo sentirse asombrado por «la reacción en cadena» que había producido su trabajo entre juristas y filósofos, si bien afirmó que se trataba de una «seudopolémica» (1989b:105), es decir, una falsa polémica.

Veamos, en cualquier caso, y analicemos los entresijos de la discusión: si las premisas son correctas y si el «se sigue» es correcto; es decir, si de las dos premisas citadas se arriba necesariamente a la conclusión a la que él llega (García Amado, 1993: 350).

6.2.1. Sobre el concepto de obligación moral

Nadie o casi nadie estuvieron de acuerdo con la concepción que de la obligación moral mantuvo González Vicén. El primer interviniente, Manuel Atienza, dijo que

la tesis discutida sería lógica, solo podría «sostenerse lógicamente», si se negaba a la ética cualquier dimensión social y, por tanto, se eliminaba la posibilidad de que existiera un campo de coincidencia entre el Derecho y la ética. Efectivamente, eso hacía GONZÁLEZ VICÉN, a la vez que ATIENZA aseguraba que no resultaba «fácil de aceptar». A semejante concepción la veía «próxima al emotivismo ético» y afirmaba que, a su juicio, los mandatos de la conciencia individual «deberían someterse a la prueba de su racionalidad» (1983: 69). Elías DÍAZ recogía la tesis de Manuel ATIENZA, a la vez que afirmaba que la conciencia ética merecía el máximo respeto, pero —se preguntaba— «¿no cabe algún tipo de contraste objetivo, supraindividual o interindividual, que permita la construcción de una razón práctica sin negar la conciencia individual?» (1984: 89). Lo mismo que vendría a decir Eusebio FERNÁNDEZ, que la decisión moral tendría que provenir de la «conciencia individual y autónoma», pero no bastaba con eso pues tendría que superar los test de «la racionalidad, la universalidad, la imparcialidad y la libertad» (1987: 98).

Entre los representantes del gremio de la Ética, conviene destacar las intervenciones de Adela CORTINA y de Esperanza GUISÁN. Adela CORTINA afirmó que esta concepción individualista de la obligación moral resultaba «insostenible»; realmente se trataba de una concepción «extraña», ajena a casi todas las corrientes éticas del presente, que parecía no darse cuenta de que esa instancia última de la moral, la conciencia, no se identificaba necesariamente con la verdad y la justicia, sino que también podría «estar ideológicamente deformada, egoístamente informada o iluministamente aconsejada» por unos u otros intereses, ya fueran individuales o grupales. En fin, GONZÁLEZ VICÉN parecía demasiado condescendiente con la conciencia individual (1988: 519; 1987: 117; 1986: 183). Por tanto, para atender a la conciencia habría que someterla a algún criterio que la librara de sesgos y parcialidades, al canon ético de la universalización que ya KANT propusiera y proponía ahora Adela CORTINA *mejorado* con la ética discursiva: «A la hora de legitimar tanto las normas jurídicas como su desobediencia, no existe hoy por hoy canon más completo que el test de las formulaciones del imperativo. Solo que no puede quedar en un test monológico, practicado —*more* kantiano— por un individuo, porque la razón que pretende comprobar normas es ya siempre dialógica» (1987: 117; 1986: 183-184; 1988: 519). En cuanto a Esperanza GUISÁN, manifestó estar en desacuerdo con Felipe GONZÁLEZ VICÉN en lo tocante a la concepción de la ética, pues no debía confinarse esta en la conciencia individual, sino que, al contrario, debía tenerse en cuenta lo que es «útil y conveniente para el hombre como individuo o como sujeto social». Además, como ya había dicho Adela CORTINA, la conciencia ética podría ser ideológica, falsa, deformada, por defender estos o aquellos intereses (1988: 132 y 151).

Por otra parte, se discutió de los fundamentos filosóficos de la tesis de GONZÁLEZ VICÉN sobre la conciencia moral. ATIENZA dijo que parecía «próxima al emotivismo ético» (1983: 69); Elías DÍAZ la vio emparentada con el existencialismo (1984: 86); Javier MUGUERZA con alguna versión del imperativo categórico kantiano, la que toma la humanidad como fin, nunca como medio (1987: 345). Según CORTINA, la conciencia de GONZÁLEZ VICÉN era más existencialista que kantiana, más individualista que universalizadora (CORTINA, 1987: 116-117; 1986: 181-182). Para GUISÁN, tomaba lo peor del kantismo, una pretendida autonomía que la convertía en ajena al mundo, y del existencialismo, un exacerbado individualismo (1988: 148-149). Refiriéndome ahora

a los influjos filosóficos que se hallaban tras la concepción ética de GONZÁLEZ VICÉN, me pregunto si no podría estar también NIETZSCHE (a quien cita en «La obediencia al Derecho» en relación con el concepto de Derecho pero no en relación con el concepto de obligación) en el trasfondo de esa tesis. De que el nietzscheano era pensamiento vivo en su reflexión no me cabe duda: había sido traductor de su *Correspondencia* y escrito una bella biografía como «Introducción» al libro, en la que decía que se trataba del filósofo más singular de la edad moderna, un pensador en que lo pensado no era simple teoría desgajada de su existencia, sino, muy al contrario, reflexión vital (1989a: 22-23). La admiración que GONZÁLEZ VICÉN sentía por NIETZSCHE resulta obvia, pero es difícil aquilatar el influjo de este en la reflexión de aquel. En el caso de su teoría sobre la obediencia al Derecho, parece que el desobediente no es un individuo cualquiera, sino alguien con un carácter superior, capaz incluso de enfrentarse a todos por obedecer a su conciencia; un resistente, como dijo el iusfilósofo; alguien a quien el propio NIETZSCHE admiraría.

6.2.2. Sobre el concepto de Derecho

La segunda premisa del razonamiento hacía referencia, como sabemos, al concepto de Derecho, que para GONZÁLEZ VICÉN era una realidad radicalmente heterónoma. ¿Lo contradijeron los intervinientes en la polémica? Elías DÍAZ vino a decir que, por supuesto, el Derecho es heterónomo, pero admitido esto hay que distinguir entre los sistemas democráticos y los sistemas dictatoriales, pues el grado de heteronomía del Derecho de unos y otros es sencillamente incomparable (1984: 76; 1985: 9). Adela CORTINA, con otras palabras, vendría a mantener lo mismo: que aquellas leyes que tienen en cuenta los intereses de quienes son afectados por ellas y que son formuladas «tras una deliberación mantenida en pie de igualdad» resultan moralmente obligatorias, precisamente «porque la autonomía es el constitutivo de la moralidad» (1986: 182). También Eusebio FERNÁNDEZ, cuando dijo que las normas jurídicas establecidas en un sistema democrático no son tan heterónomas como las impuestas en un sistema no democrático y que la heteronomía de las normas casi desaparece cuando son admitidas (1987: 108).

Ya he dicho que la concepción del Derecho que en esta polémica mantuvo GONZÁLEZ VICÉN fue básicamente marxista («crudamente marxista», diría ATIENZA: 2016: 343), pero el marxismo solo era un argumento más a favor de la inexistencia de un fundamento moral para obedecer el Derecho, en el sentido de que, en palabras de DELGADO PINTO, si el Derecho es un instrumento con el que la minoría sojuzga a la mayoría «no es necesario mucho razonamiento para concluir que no existe un deber moral de obedecerlo» (VVAA, 1991: 16-17). Casi todos los intervinientes criticaron esta tesis marxista sobre el Derecho que defendió GONZÁLEZ VICÉN. Esperanza GUISÁN, por ejemplo, dijo que el Derecho podía ser opresor, pero que «en virtud de su propia función originaria» estaba llamado a ser liberador (1988: 134). Eusebio FERNÁNDEZ y Adela CORTINA estuvieron de acuerdo en que el Derecho no era simplemente un instrumento en manos de la clase dominante; que semejante afirmación era un reduccionismo (FERNÁNDEZ 1987: 95; CORTINA, 1988: 519). Marina GASCÓN afirmó que se trataba de una concepción «un tanto diabólica» del Derecho (1997: 156).

Pero realmente la doctrina de GONZÁLEZ VICÉN sobre la obediencia al Derecho se mantendría aun cuando el Derecho no tuviera ese carácter clasista; bastaba con que la obligación moral siguiera siendo el mandato establecido por la conciencia individual, y nada más, y el Derecho siguiera siendo heterónomo, y nada más, lo que según GONZÁLEZ VICÉN no podría dejar de ser. ¿Qué pasaría cuando estuviéramos ante un Derecho justo, que trate a los seres humanos como fines y no los instrumentalice como medios? ¿No generaría obligación moral de obedecerlo? (DÍAZ, 1984: 90-91; FERNÁNDEZ, 1987: 114). No, según GONZÁLEZ VICÉN seguirá sin haber obligación en sentido ético de obedecer el Derecho, pues esta solo se encuentra en la conciencia del individuo, no en los órdenes sociales (1979a: 387-388).

6.2.3. Sobre la conclusión acerca de la (des)obediencia al Derecho

Vistas las premisas habría que preguntarse también si de ellas se seguía necesariamente la conclusión, aunque después de la discusión que generaron aquellas y que nadie las aceptó completamente, me parece una cuestión menor. Sencillamente, hubo quien afirmó que de aquellos presupuestos no se seguía el resultado, la doctrina de GONZÁLEZ VICÉN sobre la obediencia al Derecho, o dicho de otra forma, que esta resultaba asimétrica, pues valía para fundamentar la desobediencia pero no la obediencia a las normas jurídicas (ATIENZA, 1983: 68-69; DÍAZ, 1984: 82-83; CORTINA, 1986: 181; FERNÁNDEZ, 1987: 96 y 100), mientras que otros pensaron, creo que con razón, que la inferencia estaba bien hecha y que la asimetría no resultaba un defecto criticable (MUGUERZA, 1986: 29; 1987: 344; GARCÍA AMADO, 1993: 356, 359, 362 y 366; GASCÓN, 1997: 153-155). Realmente el problema no era si la deducción estaba bien hecha, si era correcta, sino si las premisas resultaban aceptables y, de acuerdo con la mayoría o con todos los intervinientes, creo que no. Como vino a decir Marina GASCÓN, precisamente una de las críticas más comprensivas con la heterodoxa tesis, las premisas eran demasiado radicales y habría que matizarlas (1990: 116; 1997: 153 y 156).

En este punto conviene presentar el artículo con el que PÉREZ LUÑO criticó la tesis de GONZÁLEZ VICÉN sobre la obediencia al Derecho. En síntesis, censuró la rigidez de los criterios que utilizaba para diferenciar y contraponer la moral y el Derecho: interno/externo; individualidad/solidaridad; autonomía/heteronomía, porque si bien podían ser útiles tomados con moderación, si se aplicaban mecánica y rigurosamente conducían a una visión inadecuada del Derecho y la moral. Si se confina la moral a lo interno y el Derecho a lo externo, tales fenómenos normativos se vuelven incomprensibles; si la moral es únicamente individual y nada más que individual, la ética discursiva no tiene sentido; si la moral es autónoma y el Derecho heterónomo, la habitual adhesión a pautas morales heterónomas se vuelve problemática, a la vez que resulta imposible distinguir entre un Derecho dictatorial y otro democrático, cuando el Estado de Derecho es precisamente una expresión de lo que bien se puede llamar «autonomía jurídica» (1991: 84-93). La rígida aplicación de esos criterios traía como consecuencia una fractura en el obrar humano, que no deja de ser uno aunque se observe y enjuicie por normas diversas. Lo que convierte la obediencia al Derecho en una cuestión relevante —advierte PÉREZ LUÑO— no es el aspecto privado, meramente individual, sino el comunitario, marco en el que vive el ser humano concreto, que re-

quiere de las instituciones sociales, de las costumbres, el Derecho, etc., y que reenvía al hegeliano concepto de eticidad. Si bien para evitar el peligro del Estado ético, de que el todo someta a las partes —viene a decir—, se precisa «de unos procedimientos de comunicación intersubjetiva sobre necesidades básicas universalizables», de una ética dialógica universalista, en el sentido de HABERMAS, de unos derechos fundamentales que protejan la autonomía de los individuos y que hagan que, en contrapartida, el Derecho se pueda justificar moralmente (PÉREZ LUÑO, 1991: 93-97).

7. LOS ÚLTIMOS AÑOS DE GONZÁLEZ VICÉN (1979-1991)

Tras «La obediencia al Derecho» se abrirá una década, la de los ochenta, en que GONZÁLEZ VICÉN publicaría un buen número de trabajos, algunos sobre el que he llamado «grueso» de su pensamiento (el positivismo jurídico, el historicismo, la crítica al Derecho natural, etc.), que ya han sido tenidos en cuenta, y otros sobre MARX y el marxismo, que parecían ir ganando peso en su especulación y, en perspectiva temática, sobre el concepto de revolución (ARJONA HERRAIZ, 2016). Creo que la filosofía política le interesaba cada vez más: la crítica al liberalismo radical de SPENCER (1984b), la crítica al conservadurismo social de VON STEIN (1984c), el aprecio por el marxismo. En cambio, en 1981 cesó su actividad traductora, que nunca había suspendido, con un libro de LIEBER sobre la sociología del saber.

Quien fue en gran medida y en todos los sentidos un solitario, viviendo apartado casi toda su vida de los centros donde se ejercía el poder, en esa isla «figurada y física» de que hablaba LLOREDO, al final tuvo cierto reconocimiento público. En 1987 se le concedería la Gran Cruz de la Orden de Alfonso X el Sabio y la medalla de Oro de la Universidad de La Laguna; en 1988, la Medalla de Honor de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Con ochenta y tres años, falleció en La Laguna, en Tenerife, la isla que lo acogió, en 1991.

BIBLIOGRAFÍA

ARJONA HERRAIZ, M., 2016: «González Vicén y su análisis del concepto de "Revolución" en la década de los 80: Marx, Stein, Bayle, Kant», *Diálogos de Saberes,* 45, 179-193.

ATIENZA, M., 1983: «La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», en VVAA, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 43-70.

— 2016: «La Filosofía del Derecho de Javier Muguerza», en R. R. ARAMAYO, J. F. ÁLVAREZ, F. MASEDA y C. ROLDÁN (eds.), *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Madrid: CSIC, 339-365.

CALVO, J., 1992: «Guerra civil, universidad y censura: sobre las sanciones y depuración al profesor Felipe González Vicén (primeras noticias)», *Sistema,* 109, 45-72.

— 1993: «Algo más sobre guerra civil, universidad y censura: de las sanciones y depuración a González Vicén (en ocasión de contar historias)», *Sistema,* 116, 85-100.

CARPINTERO BENÍTEZ, F., 1988: *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid: Civitas, 374 pp.

CLARET MIRANDA, J., 2006: *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945,* Barcelona: Crítica, 523 pp.

CORTINA, A., 1986: *Ética mínima,* Madrid: Tecnos, 286 pp.
— 1987: «La calidad moral del principio ético de universalización», *Sistema* 77, 111-120.
— 1988: «Sobre *La obediencia al Derecho*, de Eusebio Fernández», *Anuario de Filosofía del Derecho,* V, 513-522.
DELGADO PINTO, J., 1975: «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 15, 25-43.
— 1984: «Semblanza del Prof. D. Agustín de Asís Garrote», *Anuario de Filosofía del Derecho,* I, 347-354.
— 2006: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 429 pp.
DÍAZ, E., 1984: *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid: Debate, 270 pp.
— 1985: «La justificación de la democracia», *Sistema,* 66, 3-24.
— 1994: *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid: Alianza Editorial, 173 pp.
— 2018: *Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya,* Madrid: Trotta, 160 pp.
FERNÁNDEZ, E., 1987: *La obediencia al Derecho*, Madrid: Civitas, 254 pp.
— 1989: «La polémica actual sobre la obediencia al Derecho desde una perspectiva kantiana», en J. MUGUERZA y R. RODRÍGUEZ ARAMAYO (eds.), *Kant después de Kant. En el bicentenario de la* Crítica de la razón práctica, Madrid: Tecnos, 649-664.
— 2010: «Prólogo», en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Teoría de la revolución. Sistema e historia*, Madrid: CSIS y Plaza y Valdés, 125 pp.
— 2017: «Felipe González Vicén: la soledad de la conciencia ética individual y la obediencia al Derecho», *Eunomía,* 11, 30-43.
GARCÍA AMADO, J. A., 1993: «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 349-373.
GASCÓN ABELLÁN, M., 1990: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 345 pp.
— 1997: «Felipe González Vicén y la negación del derecho de obediencia al Derecho», *Volubilis,* 6, 151-159.
GARCÍA GÓMEZ DEL VALLE, J. M., y MARZÁN TRUJILLO, C., 2010: «Notas sobre la correspondencia entre Felipe González Vicén y Carl Schmitt», *Empresas Políticas,* 14/15, 143-150.
GIL CREMADES, J. J., 1985: «Filosofía del Derecho en España (1960-1985)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 25, 225-243.
— 1991: «Una correspondencia y un artículo inédito», *Anuario de Filosofía del Derecho,* VIII, 475-479.
— 1993: «Un expediente sancionador. Sobre un capítulo de la biografía intelectual de González Vicén», *Sistema,* 113, 37-56.
— 2016: «Entrevista a Juan José Gil Cremades» [por B. RIVAYA], *Diálogos Jurídicos,* 1, 271-291.
GONZÁLEZ VICÉN, F. E., 1932: *Teoría de la revolución. Sistema e historia*, Valladolid: Imprenta Allén, 150 pp.
— 1935: «Advertencia preliminar», en G. W. F. HEGEL, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, Madrid: Revista de Occidente, VII-XIII.
— 1937: *Deutsche und Spanische Rechtphilosophie der Gegenwart*, Tubingen: J. C. B. Mohr, 44 pp.
— 1979a: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 398 pp.
— 1979b: «Entrevista a González Vicén» [por R. ARBONA], *Liminar,* 1, 17-23.

— 1984a: *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas),* Valencia: Fernando Torres ed., 238 pp.
— 1984b: «El darwinismo social: Espectro de una ideología», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 1, 163-176.
— 1984c: «Lorenz von Stein: una teoría reaccionaria de la revolución», *Sistema,* 63, 37-57.
— 1985a: «Sobre el neokantismo lógico-jurídico», *Doxa,* 2, 27-54.
— 1985b: «La obediencia al Derecho: una anticrítica», *Sistema,* 65, 101-105.
— 1986a: «Entrevista con Felipe González Vicén» [por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero], *Doxa,* 3, 317-325.
— 1986b: «El neokantismo jurídico axiológico», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 3, 249-280.
— 1987a: «Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 4, 223-248.
— 1987b: «Ludwing Feuerbach y los orígenes filosóficos del marxismo», *Sistema*, 76, 33-47.
— 1989a: «Introducción», en F. Nietzsche, *Correspondencia*, Madrid: Aguilar, 478 pp.
— 1989b: «Obediencia y desobediencia al Derecho: unas últimas reflexiones», *Sistema*, 88, 105-109.
— 1991: «Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva», *Anuario de Filosofía del Derecho,* 8, 481-493.
— 2009: *Escritos (1931-1949) (Con ocasión de su centenario)*, Carlos Marzán Trujillo y José María García Gómez del Valle (eds.), Tenerife: Universidad de La Laguna, 188 pp.
Guisán, E., 1988: «Razones morales para obedecer al Derecho», *Anales de la cátedra Francisco Suárez,* 28, 131-153.
Hera, J. de la, 2002: *La política cultural de Alemania en España en el periodo de entreguerras*, Madrid: CSIC, 485 pp.
Legaz Lacambra, L., 1933: «Las tendencias dominantes en España en la Filosofía jurídica, política y social», en W. Sauer, *Filosofía jurídica y social,* Barcelona: Labor, 90-106.
— 1947: *Horizontes del pensamiento jurídico (Estudios de Filosofía del Derecho)*, Barcelona: Bosch, 584 pp.
— 1979: *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, 836 pp.
López Calera, N., 1981: «La Filosofía del Derecho del profesor González Vicén (Notas para un homenaje)», *Sistema,* 45, 103-109.
Lucas, J. de (ed.), 1994: *Introducción a la teoría del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 420 pp.
Lloredo Alix, L. M., 2010: Recensión de «Felipe González Vicén, *Escritos (1931-1949) (Con ocasión de su centenario)*», *Derechos y Libertades,* 23, 331-340.
Martín Cabrera, A., 2007: «Felipe González Vicén», *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna),* 24, 173-177.
Medina Echevarría, J., 2009: *Situación presente de la filosofía jurídica. Esquema de una interpretación* [1935], Zaragoza: Reus, 151 pp.
Muguerza, J., 1986: «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», *Sistema,* 102, 27-40.
— 1987: «Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (Un anticipo)», *Doxa,* 4, 343-348.
Páramo, J. R. de, 1990: «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría,* 2, 153-161.
Peláez, M. J., 1992: *Intrahistorias del Derecho español del siglo xx. Un paisaje jurídico con diez figuras*, Barcelona: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Málaga, y otros, 257 pp.
Pérez Luño, A. E., 1991: «¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», *Sistema,* 102, 83-97.

— 2006: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica,* Sevilla: Mergablum, 147 pp.

PETIT, C., 2015: «González Vicén, Felipe (1908-1991)», *Diccionario de catedráticos españoles de derecho (1847-1943)* [en línea], Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Figuerola de Historia y Ciencias Sociales, 2011. Disponible en *http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/gvicen* (consulta de 6 de enero de 2018).

RECASÉNS, L., 1929: «Extensas adiciones», en. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, vol. 1.

— 1931: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Madrid: Javier Morata, 197 pp.

— 1936a: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* [1929], Barcelona: Labor, 238 pp.

— 1936b: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, 550 pp.

RIDRUEJO, D., 2007: *Casi unas memorias,* en J. AMAT (ed.), Madrid: Ediciones Península, 619 pp.

RIVAYA, B., 1994: «En torno a la Universidad y la guerra: el caso González Vicén (¿Últimas noticias?)», *Sistema,* 121, 97-112.

— 1998: «La Filosofía del Derecho como concepto formal», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED,* 13, 15-48.

— 2001: «Biografía política de Luis Recaséns Siches», *Revista de las Cortes Generales,* 52, 193-228.

— 2010: *Una historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX*, Madrid: Iustel, 240 pp.

— 2017: «El exilio iusfilosófico español (1936-1977/1981)», *Doxa,* 40, 175-202.

SANZ ALBEROLA, D., 2003: «González Vicén, Luis», en J. PANIAGUA FUENTES y J. A. PIQUERAS ARENAS (dirs.), *Diccionario biográfico de políticos valencianos 1810-2003*, Valencia: Institució Alfons el Magnànim, 265-266.

VVAA, 1991: *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Oviedo: Universidad de Oviedo, 475 pp.

NORMAS SOCIALES Y PROBLEMAS DE EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS*

Carolina Fernández Blanco**

Universitat de Girona
fernandezblancocarolina@gmail.com

RESUMEN. La teoría jurídica, en general, ha entendido a las normas informales o sociales como una cuestión que no resulta un obstáculo para la eficacia o la efectividad de las normas jurídicas. Por el contrario, las normas sociales se presentan como constituyendo el tejido que permite al derecho ser reconocido como tal (Hart, 1994) o ser eficaz (Postema, 2012). Este trabajo presenta la idea de que —a diferencia de lo que ha sido destacado por la teoría jurídica— en ocasiones, las normas sociales se encuentran en competencia o tensión con las normas jurídicas y generan que estas últimas sean ineficaces y/o inefectivas. A partir de este planteamiento, y partiendo del ejemplo de la desigualdad de género como un caso paradigmático de esta competencia, se presentarán diferentes combinaciones de interacciones funcionales y disfuncionales entre normas jurídicas y normas sociales, y sus resultados en términos de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. Como reflexión final, se expondrá brevemente la idea de que la mejora de la eficacia y la efectividad del derecho requiere orientar la atención hacia procesos que promuevan mayor racionalidad en la actividad legislativa.

Palabras clave: normas sociales, eficacia, efectividad, racionalidad legislativa.

Social norms and problems of efficacy and effectiveness of legal norms

ABSTRACT. Legal theory, in general, has understood informal or social norms as a matter that is not an obstacle to the efficacy or effectiveness of legal norms. On the contrary, social norms are presented as constituting the fabric that allows the Law to be recognized as such (Hart, 1994) or to be efficacious (Postema, 2012). This paper presents the idea that —unlike what has been highlighted by the legal theory— sometimes, social norms are in competition or tension with legal norms and generate that the latter are inefficacious and/or ineffective. From this approach, and departing from the example of gender inequality as a paradigmatic case of this competition, different combinations of functional and dysfunctional interactions between legal norms and social norms will be presented, including their results in terms of efficacy and effectiveness of legal norms. As a final consideration, the paper briefly discusses, the idea that the improvement of the efficacy and effectiveness of the law requires to direct our attention towards processes that promote higher rationality in legislative activity.

Keywords: social norms, efficacy, effectiveness, rational legislation process.

---

* Fecha de recepción: 2 de mayo de 2018. Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018.

** Agradezco los comentarios y sugerencias que me realizaron los participantes en el Seminario Milán-Girona (Milán, noviembre de 2018), especialmente los formulados por Francesco Ferraro y Stefano Sammarco. Asimismo han sido de gran utilidad las sugerencias de los *referees* anónimos y la atenta lectura de Esteban Pereira Fredes.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.11

1. INTRODUCCIÓN

Son pocos los países del mundo que mantienen vigentes normas jurídicas que expresamente discriminan en razón del sexo. Incluso en la mayor parte de los países del mundo considerado «occidental», las normas jurídicas otorgan los mismos derechos y oportunidades a las mujeres y a los hombres, y sancionan las actitudes discriminatorias. Asimismo cada vez más países tienen en sus legislaciones normas que establecen medidas de acción positiva a favor de las mujeres (*v. gr*. leyes de cuotas para cargos electivos o para funciones judiciales). En el plano del derecho internacional, son 189 los países que han ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Sin embargo, a pesar de la proliferación de leyes de todo tipo para el fomento de la igualdad y la eliminación de la discriminación, ningún país del mundo ha logrado la igualdad total de género. De acuerdo con el Índice de Brecha Global de Género, Islandia es el país más igualitario en cuestiones de género y solamente alcanzó una igualdad de 0,8779 sobre un total posible de 1 (World Economic Forum, *Índice de Brecha Global de Género,* 2017).

Lo dicho anteriormente seguramente no es una novedad para nadie que lea este texto. Pero cabe aún preguntarse ¿por qué no se logra esa igualdad? La respuesta a la pregunta anterior puede ser abordada desde la sociología, la antropología, se pueden incluso ensayar explicaciones históricas o, como intentaré desarrollar aquí, también puede brindarse una respuesta jurídica. En este sentido, sostendré que las normas sobre igualdad de género tienen un bajo nivel de eficacia y/o efectividad por la interrelación entre las normas jurídicas que promueven esa igualdad y ciertas normas sociales que, en tensión con las primeras, obstaculizan su eficacia y efectividad.

El caso de la desigualdad de género resulta útil como introducción al tema ya que es un caso paradigmático de la relación de competencia entre normas jurídicas y normas sociales del que se ocupa este trabajo. Como el interés de este artículo es más general y no se limita únicamente a desigualdad de género, no mantendré permanentemente el foco en este ejemplo inicial, pero volveré en oportunidades sobre él.

El recorrido que se propone en este trabajo es el siguiente: en primer lugar se intentará un aporte a la tipología de las normas sociales desde una perspectiva que compara este fenómeno normativo con las normas jurídicas; luego, en el punto 3, se realizará una aproximación a los conceptos de eficacia y efectividad de las normas jurídicas y se describirán diversos problemas vinculados con ellos; el punto 4 estará destinado a presentar dos tipos de enfoques mediante los que se pueden describir las relaciones entre normas jurídicas y normas sociales (enfoques dinámicos y estáticos), especialmente dentro del llamado enfoque estático se presentarán los problemas de afectación a la eficacia y a la efectividad que pueden provenir de la competencia entre normas sociales y normas jurídicas; finalmente en el punto 5 se planteará la cuestión de hasta dónde el derecho tiene capacidad para vencer normas sociales disfuncionales y cuáles podrían ser las aproximaciones para mejorar esas posibilidades.

2. UN INTENTO DE APORTE A LA TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS SOCIALES DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

En los últimos años las instituciones informales han sido objeto de un renovado interés desde las ciencias políticas (HELMKE y LEVITSKY, 2003, 2006; O'DONNELL, 2006), la sociología (CARRUTHERS, 2012; EVANS, 2007), la antropología (ALDASHEV *et al.,* 2012) y por supuesto, desde la economía (entre muchos otros, NORTH, 1997, 1999, 2005; OSTROM, 2000; SEN, 2000; WILLIAMSON, 2009).

A pesar de la relativa reciente popularidad de las instituciones informales en diversos ámbitos de las ciencias sociales, cabe señalar que algunos de los primeros trazos de la era contemporánea[1] en la caracterización del fenómeno de las normas sociales provienen de la teoría derecho y de la mano de H. L. A. HART, quien, de algún modo, describió los rasgos más significativos de las normas sociales que luego fueron completados y desarrollados por otros autores. Sin embargo, para HART, como para muchos otros autores del campo de la filosofía jurídica, el conjunto de normas informales constituye el tejido que permite al derecho ser reconocido como tal (HART, 1994) o ser eficaz (POSTEMA, 2012), algo similar, aunque menos categórico, parece surgir también en definitiva en DWORKIN (1986). De este modo, la mirada de la filosofía del derecho no se ha orientado generalmente a la otra cara de la cuestión: la que se presenta cuando las normas sociales son óbice para la eficacia y la efectividad de las normas jurídicas. A esta relación general de posible tensión o competencia entre normas jurídicas y normas sociales o informales se orienta principalmente este trabajo.

Me referiré a «normas sociales» como sinónimo de otras expresiones tales como «normas informales» o «instituciones informales». Por lo general, los autores vinculados al derecho suelen referirse a normas sociales mientras que los autores vinculados a la economía y la ciencia política hacen referencia al mismo fenómeno como normas informales o instituciones informales[2]. Una primera aproximación al concepto de normas informales podría ser la siguiente:

> Son reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas que son creadas, comunicadas y aplicadas por fuera de los canales oficialmente aceptados; por contraposición, las normas formales están abiertamente codificadas en el sentido de que son establecidas, comunicadas y aplicadas a través de canales que son ampliamente considerados «oficiales» (HELMKE y LEVITSKY, 2004 y 2006).

Entiendo que *oficialmente* no se vincula aquí con una actividad necesariamente llevada adelante desde el Estado, pero sí realizada al *amparo* del Estado. Por ello se exige para que una norma sea formal que la autoridad normativa o de aplicación sea oficial o en condiciones de «oficializarse» en el momento de dictar o aplicar

---

[1] Otros autores a los que también se considera precursores en el tema son, desde la sociología, Émile DURKHEIM (1950) y Talcott PARSONS (1937 y 1968). La referencia a la era contemporánea se justifica ya que la preocupación por las normas sociales aparece ya en pensadores antiguos como ARISTÓTELES y PLATÓN.

[2] A pesar de que creo que es posible diferenciar entre distintos tipos de instituciones informales, no lo haré en esta oportunidad por no resultar esa diferenciación especialmente útil para el propósito del trabajo.

la norma. En la caracterización que se propone, las instituciones de muchos sistemas normativos no estatales (incluso los que optan por mantenerse al margen del Estado)[3] se incluyen en la categoría de instituciones formales. Así, consideraré normas formales a las normas de disciplina de un club social o las normas que rigen en el comercio de diamantes que se conduce por reglas propias vinculadas mayormente al Talmud pero que tiene un órgano de aplicación en el *Diamond Dealers Club* y cuyos veredictos pueden ser recurridos a la justicia (BERNSTEIN, 1992) o a ciertas normas de derecho indígena cuyos órganos de aplicación están reconocidos actualmente o pueden estarlo por imperio de disposiciones constitucionales (en sentido similar, *vid.* O'DONNELL, 2006: 289). Mientras que las instituciones formales son aplicadas por algún órgano oficial u «oficializable» (en el sentido de que es pasible en las condiciones actuales de ser reconocido como legítimo por alguna autoridad estatal), las instituciones informales se hacen valer de una manera más dispersa (CARRUTHERS, 2012).

Antes de continuar profundizando sobre las características de las normas sociales permítaseme hacer un desvío que considero importante. Es necesario distinguir a las normas sociales de otros fenómenos que no lo son y que, en general, tienen menos capacidad para influir en la eficacia y/o efectividad de una norma jurídica. Me refiero particularmente a lo que se conoce como hábitos convergentes [HART, 1961 (1988)] o costumbres compartidas como los llama BICCHIERI (2017: 3).

En los hábitos convergentes es necesario y suficiente que las conductas converjan *de hecho* [HART, 1961 (1988): 65], los patrones de acción se crean y se sostienen por motivaciones de los sujetos actuando independientemente los unos de los otros (BICCHIERI, 2017: 15). Es una *conducta observable* respecto de la mayoría de las personas que integran ese grupo: cada uno se comporta del mismo modo sin ningún tipo de consideración acerca de si se trata de una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el otro [HART, 1961 (1988): 71]. Los hábitos convergentes por más que se presenten de forma habitual, persistente y difundida, no son pautas de regulación de la conducta. Por ejemplo, cuando llueve la mayor parte de la gente utiliza paraguas para caminar por la calle (BICCHIERI, 2017: 15). ¿La gente usa paraguas porque la mayoría de la gente lo hace? ¿Sería objeto de críticas una persona que decidiera utilizar un gorro de lluvia y un impermeable en vez de paraguas? Pareciera que aun cuando el no seguimiento de un hábito convergente pueda despertar la curiosidad en el resto de los que siguen el hábito, hay diferencias en el sentido social que suscita la violación a una norma informal con respecto al que se origina en el no seguimiento de un hábito convergente. Esta diferencia se presenta en el tipo de reacción que cada uno origina y, en definitiva, en la intensidad de la *presión social* en ambas situaciones. Las normas sociales, a diferencia de los hábitos convergentes, exigen la presencia de una «actitud crítica reflexiva con relación a esa conducta» [HART, 1961 (1988): 71]. Las normas sociales pueden ser entonces desobedecidas u obedecidas[4]; por el contrario, los hábitos

[3] *Vid.* BERNSTEIN (1992), ELLICKSON (1994) y RICHMAN (2012). En algunos trabajos se equipara a la opción no-estatal con informalidad (ELLICKSON, 1994). No es esa la caracterización seguida en este trabajo.

[4] Por el momento la atención estará puesta en instituciones informales que establecen obligaciones y prohibiciones. Más adelante me detendré en la cuestión de las que generan permisos o confieren poderes.

convergentes pueden ser seguidos o no, pero no hay un quiebre a un mandato en el no seguimiento de un hábito convergente.

Volveré a partir de aquí a los rasgos distintivos más relevantes de las normas sociales.

a) La distinción entre normas sociales y hábitos convergentes nos permite identificar el primer rasgo distintivo de las normas sociales que establecen obligaciones o prohibiciones: su incumplimiento da lugar a una sanción, reproche o crítica. Generalmente se asume que la cuestión de las sanciones —entendidas en términos generales y amplios— es crucial para la identificación de las normas sociales y el primer gran escalón de diferencia con los hábitos convergentes. Es posible y frecuente que un hábito convergente se convierta con el tiempo en una norma social, y también es habitual el camino inverso: el vestido de novia blanco era una norma social hasta mediados del siglo XX y hoy solo puede ser considerado un hábito convergente (*vid.* BICCHIERI, 2017: 3).

La sanción parece ser una característica definitoria de las normas sociales que establecen obligaciones o prohibiciones aunque esta sea entendida de modo amplio (incluyendo la crítica, los rumores, la burla)[5]. El concepto de sanción que aquí se maneja como *mínimo necesario* de las instituciones sociales es muy amplio y, en términos generales, puede entenderse que está presente cuando el quiebre de la norma tiene *un significado social negativo* que puede ser percibido por un observador externo y que es registrado por quien incumple la norma[6].

A pesar de que la existencia de una sanción es esencial para la identificación de las normas sociales prescriptivas, no es necesario que el cumplimiento de estas se produzca *siempre* por temor a dicha sanción. Peyton YOUNG (2008) propone como razones para el cumplimiento de las normas sociales las sanciones o los temores a las sanciones, las razones de coordinación (como hacer fila en lugar de empujarnos para conseguir ser atendidos en una tienda) y la internalización. Cristina BICCHIERI (2006: 4), por su parte, aporta un elemento adicional para tener en consideración: el componente automático o no deliberado de la realización de las conductas que se originan en normas sociales. Así, las normas pueden internalizarse y ser cumplidas de modo más o menos mecánico, o ser cumplidas para evitar sentir vergüenza (no por temor a una sanción) o por sentimientos positivos como sentir orgullo o por el deseo de ser aceptado en una comunidad.

b) No es exigible que quienes actúan conforme con una norma social consideren que su conducta se ajusta a las exigencias de las normas formales. Una norma social puede coexistir con la consciencia de que la conducta es contraria al derecho (esto parece difícil de sostener en la explicación de las normas sociales de HART limitada a dar cuenta del nacimiento de un sistema jurídico). Tampoco es necesario que la norma

---

[5] SCHAUER afirma que puede haber normas sociales sin sanciones en algún momento de su existencia, pero también admite las sanciones finalmente «[...] son necesarias para asegurar que las normas de comportamiento cooperativo vayan a superar con el tiempo los deseos de apartarse de ellas de los agentes, aun si la aparición original de la norma fue sin que esta estuviera ligada a sanción alguna» (SCHAUER, 2015: 334).

[6] Lawrence LESSIG explica de manera similar que «los significados sociales pueden funcionar como incentivos selectivos para inducir a la acción de acuerdo con una norma social» (LESSIG, 1995: 997).

informal o la norma social sea considerada moralmente correcta por quien la lleva adelante. Cristina BICCHIERI (2006: 1) propone el siguiente ejercicio: si preguntásemos individualmente a los sujetos de cualquier sociedad con altos índices de corrupción su opinión acerca de estas prácticas probablemente obtendríamos como respuesta que *de manera individual* la gran mayoría rechaza fuertemente ese tipo de conductas (las normas morales individuales proscriben esa conducta) de manera coincidente con lo que las normas jurídicas establecen; sin embargo, los sobornos a las autoridades públicas son corrientes y tolerados (la norma social o informal permite —y en ocasiones «obliga»— esa conducta).

c) Como ya se adelantó las normas sociales pueden ser normas que establecen prohibiciones u obligaciones, o normas que establecen permisos. Al igual que ocurre en el plano de las normas jurídicas, las normas sociales que establecen permisos se presentan con otro tipo de mecanismos que no se identifican ni siquiera con un concepto amplio de sanción. Es posible distinguir entre normas sociales que establecen permisos que *coinciden* con los previstos por el sistema jurídico de aquellas normas sociales que establecen permisos o potestades *contra legem*. El primer grupo de instituciones sociales no presenta mayores problemas, pues en todo caso las normas formales permisivas que coincidan con normas sociales que van en el mismo sentido se reforzarán mutuamente logrando que se eleve la posibilidad y las condiciones de «uso y goce» del permiso jurídico.

El incumplimiento de una norma social que establezca un permiso *contra legem* no generará la imposición de una sanción informal, sino que se traducirá en la presencia (o promesa) de incentivos positivos como la reducción de los costes con respecto al cumplimiento de la norma formal o el incremento de beneficios con relación al uso de la norma formal.

Si para identificar a una norma social que establece una obligación o prohibición (para diferenciarla de un hábito convergente, por ejemplo) debemos atender a la existencia de un significado social negativo (sanción en sentido amplio) y tal circunstancia no está presente en el caso de las normas sociales que establecen permisos o potestades, ¿cómo es posible identificar una norma social de este último tipo? Un posible camino para hacerlo es a través de la observación inversa: ¿La violación de la norma formal producida por el uso del permiso informal tiene un significado social negativo o genera una sanción informal o pone en marcha los mecanismos para que se aplique una sanción formal? Veamos la siguiente situación: pocos de nosotros llamaremos a la policía si alguien cruza el semáforo en rojo como peatón, ni criticaremos a un colega por «descargar» películas o libros de internet sin pagar por ellos. Por el contrario, no estaríamos dispuestos a tolerar a quien hace grafitis en una pared interior de la Facultad de Derecho, desaprobaríamos a quien deja su asiento del tren lleno de desperdicios y hasta estaríamos dispuestos a llamar a la policía si sabemos de alguien que maltrata a sus hijos. Estos últimos ejemplos podrían entenderse como casos en los que *no hay* un permiso informal, pues la desaprobación social y consiguiente sanción en sentido amplio que genera la violación de la norma jurídica es similar a la que se genera ante la violación de una norma informal prescriptiva.

d) La existencia y/o vigencia de las normas jurídicas no está forzosamente vinculada a su eficacia: una norma jurídica particular puede no ser eficaz —en el sen-

tido de acatamiento que se utilizará en este trabajo (*vid.* punto 3)— y sin embargo estar vigente y «existir» en cualquiera de los sentidos que los juristas han dado a este término (cfr. CARACCIOLO, 1997; BULYGIN y MENDONCA, 2005; ALCHOURRON y BULYGIN, 1997; KELSEN, 1986). Por el contrario, en las normas sociales «existencia» (aquí en un sentido empírico) y eficacia como acatamiento se superponen: ellas existen («son») en tanto son eficaces, es decir, la mayor parte de los sujetos normativos relevantes se comporta de acuerdo con ella en la mayoría de las ocasiones oportunas. No tiene mayor sentido sostener que existe una norma social (Ns) que ordena una conducta (C) si muy poca gente en realidad hace C y si el incumplimiento de C no tiene ningún tipo de consecuencia (sanción en sentido amplio) (en similar sentido WOOZLEY, 1967: 72). Los conceptos de eficacia y existencia son inescindibles respecto de las normas sociales mientras que no ocurre lo mismo con las normas jurídicas[7].

e) Las normas sociales pueden tener como consecuencia la amenaza de sanciones informales o de incentivos informales, pero la ausencia de una autoridad identificable (u oficial) de aplicación hace que, si la sanción no es aplicada o la promesa del incentivo no se cumple, no haya, por lo general, oportunidad de *hacer exigible* la sanción o la recompensa prometida. Es decir, las normas sociales carecen de «fuerza de ley».

f) Además de las diferencias entre las normas formales y las normas sociales consideradas de manera individual, se presentan también algunas diferencias en el ámbito colectivo de unas y otras: mientras que las normas formales (especialmente las normas jurídicas) se presentan como un *sistema* que regula su propia producción, las normas sociales son meros *conjuntos* no sistemáticos de normas (en similar sentido, SCHAUER, 2015: 334). Los conjuntos de normas sociales se componen casi exclusivamente de normas primarias y, en algunos casos, normas que establecen excepciones a esas normas primarias (ELSTER, 1989: 101). A diferencia de los sistemas jurídicos los conjuntos de normas informales no tienen pretensión de completitud. La pretensión de coherencia o consistencia es también una característica de los sistemas formales, ya que en los conjuntos de instituciones informales pueden coexistir normas contradictorias y la que sea más eficaz (en el sentido de que un mayor número de sujetos realice la conducta obligatoria o se inhiba de realizar la conducta prohibida) será la que en definitiva se «imponga» sobre la otra norma y promueva, finalmente, la desaparición de la norma contradictoria.

En el punto 4 se presentará el modo en que las normas sociales —caracterizadas de acuerdo a los puntos anteriores— pueden influir en las normas jurídicas de muy diversas maneras. Antes de ello, en el siguiente apartado, se presentarán algunos cri-

---

[7] En este ámbito del análisis es posible trasladar *mutatis mutandi* algunos criterios utilizados en el ámbito de las normas consuetudinarias. Así explican ALCHOURRON y BULYGIN que respecto de las normas consuetudinarias es natural pensar que su existencia debe consistir en algún tipo de vigencia o eficacia (1997: 12), por lo que: «La eficacia (que) es una propiedad contingente de las normas legisladas (la proposición "La norma N es eficaz" es claramente sintética cuando se trata de normas legisladas), parece convertirse en una propiedad necesaria cuando es predicada respecto de normas consuetudinarias. La proposición "la norma consuetudinaria N no es eficaz" da la impresión de ser autocontradictoria y su negación "la norma consuetudinaria N es eficaz" sería, entonces, una proposición analítica» (ALCHOURRON y BULYGIN, 1997: 12).

terios sobre eficacia y efectividad que permitirán luego entender la interrelación entre normas sociales y normas formales y el impacto de esa interrelación en la eficacia y efectividad de las normas formales.

3. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE EFICACIA Y EFECTIVIDAD

Realizaré aquí una pequeña escala técnica para definir qué entiendo por «eficacia» y «efectividad». Seguiré el lenguaje más utilizado por los teóricos del derecho de habla castellana y daré inicialmente el siguiente uso a los vocablos en cuestión[8]:

a) Eficacia como acatamiento: una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción (C1), los sujetos normativos (S) conocen la existencia de (N) y producen (C1) . Una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones (NAVARRO, 1990: 23). Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento (no acatamiento) esporádico de la norma (NAVARRO, 1990: 23).

En la misma línea de pensamiento se puede precisar más el concepto de eficacia tal como lo ha hecho von WRIGHT:

> El significado de (des)obediencia «excepcional» y «habitual» precisa de comentario. Si el mandato o prohibición es lo que hemos llamado [...] *eminentemente general,* la desobediencia a la norma es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen la norma. Si el mandato o la prohibición es general con respecto a la ocasión, pero dirigido a un sujeto particular, la desobediencia es excepcional cuando este sujeto en la mayoría de las ocasiones obedece la norma. De modo similar, si la prescripción es general con respecto al sujeto, pero para una ocasión particular solamente, la desobediencia es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en esta ocasión obedecen la norma (VON WRIGHT, 1970: 139-140).

b) Efectividad: en términos generales (hay alguna excepción), una norma (N1) es efectiva cuando la conducta que ella obliga, prohíbe o autoriza (C1) *es realizada* por los sujetos *y conduce* al resultado social o económico inmediato y/o mediato que se espera con su sanción (R1).

La aproximación al concepto de eficacia antes expuesta no está desprovista de dificultades. El principal problema de la definición anterior es el que se ha denominado «la inconmensurabilidad de la obediencia» (HIERRO, 2003: 156). Esta dificultad para medir la eficacia se presenta principalmente respecto de las normas eminentemente generales cuyo cumplimiento requiere una conducta pasiva. Se trata de normas que imponen deberes negativos generales, *erga omnes*, y tienen un número inmenso, ten-

[8] Es necesario aclarar que sigo aquí el lenguaje más difundido por los teóricos del derecho de habla castellana ya que en italiano, por ejemplo, los términos eficacia y efectividad se utilizan habitualmente en modo inverso al que se hace aquí y se han identificado, en ese idioma, por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término «eficacia» (PINO, 2012: 174; TUZET, 2016: 207). Asimismo, desde la sociología del derecho se atribuye a la «efectividad» de una norma lo que aquí refiero como «eficacia» (JEAMMAUD, 1984: 6), mientras que la «eficacia» es entendida como «el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron» (JEMMAUD, 1984: 6, y en igual sentido, GARCÍA VILLEGAS, 1993: 99).

dente al infinito de ocasiones de cumplimiento (HIERRO, 2003: 79)[9]. La confección de un índice de eficacia que pudiera evaluar la eficacia de este tipo de normas sería siempre tendente a uno (en donde uno es eficacia total). Este problema podría relativizarse si se flexibilizara el concepto de eficacia tal como se propondrá luego.

En los ejemplos que siguen consideraré normas en las que recae el problema de la inconmensurabilidad de la obediencia y se introducirá la idea de que una concepción gradual de eficacia puede ayudar a que esta dificultad pueda ser moderada: en la Ciudad de Córdoba (Argentina) en 1980 se denunciaban 30 robos a comercios por semana; el grado de eficacia de la norma disminuyó en 1990 cuando se comenzaron a denunciar 45 robos por semana y en la crisis de 2001 la eficacia de la norma mermó aún más porque se incrementaron las denuncias hasta los 60 robos semanales. En el mes de diciembre de 2013 una huelga policial generó que el grado de eficacia de la norma cayera estrepitosamente pues solo en tres días se produjeron robos en 1.000 comercios[10]. Esta comparación intertemporal también puede realizarse de una manera geográfica: el número de homicidios dolosos cada 100.000 habitantes en Argentina en 2014 ha sido de 8; en España hubo en ese mismo año un homicidio doloso por cada 100.000 habitantes y en El Salvador 64[11]. Evidentemente en 2014 la norma que prohíbe matar a otro ha sido más eficaz en España que en Argentina y en este último país más eficaz que en El Salvador. Por otra parte, también se pueden acotar más los ámbitos de evaluación de la eficacia de las normas y evaluar, por ejemplo, el grado de eficacia o ineficacia de la norma que prohíbe lesionar a otros solamente dentro de las relaciones de pareja,

---

[9] Es posible asumir que esta dificultad de asignar a la eficacia únicamente la cara de la adecuación de las conductas a la norma ha sido lo que ha conducido a diversos autores, entre ellos KELSEN (1979: 25), a sostener que la eficacia tiene dos caras: la del acatamiento y la de la aplicación. Esta solución, sin embargo, también presenta sus propias dificultades. Propone HIERRO reconstruyendo el pensamiento más difundido sobre el tema que: 1) una norma jurídica es eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, o 2) una norma jurídica es eficaz si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada (HIERRO, 2003: 141). De lo anterior se infiere que: *a)* la norma será eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, aun cuando en los casos de incumplimiento la norma no fuese general y mayoritariamente aplicada, y *b)* la norma será eficaz si aun siendo general y mayoritariamente incumplida, fuese general y mayoritariamente aplicada (HIERRO, 2003: 141). Por tanto, si esto es así, la situación descripta en *a)* impide que se resuelvan, a través de la faceta de la aplicación, los casos que generan más dificultad para la medición útil de la eficacia como adecuación de conductas, esto es, los casos en los que se trata de obligaciones negativas, generales y *erga omnes*. Ello pues el problema radica en que adicionar la faceta de la aplicación no cambia en nada la dificultad para superar la tendencia al infinito de situaciones de cumplimiento de la norma. Pero hay un argumento adicional y muy poderoso para descartar también la idea de la aplicación de la norma como segunda cara de la eficacia y este argumento es aplicable también a los casos en los que no se presenta la dificultad de medir la eficacia de las normas generales y que imponen deberes de abstención *erga omnes*. También seguiré a HIERRO en este caso cuando sostiene que: «Los jueces aplican las normas que consideran aplicables al caso y no aplican las que no consideran aplicables, por lo que, en principio, la hipótesis de que haya normas aplicables que los jueces no aplican es una hipótesis, cuando menos, bastante opaca» (HIERRO, 2003: 150). «La idea de que las normas son eficaces, en defecto de cumplimiento, mediante su aplicación se convierte en una tautología porque aparentemente las normas que se aplican son las que deben aplicarse y las que no se aplican son las que no deben aplicarse, por lo que todas las normas son, en este sentido, absolutamente eficaces» (HIERRO, 2003: 151).

[10] Todos los datos del ejemplo son ficticios con excepción del que da cuenta de los robos producidos durante la huelga policial de 2013 (*vid. http://www.lanacion.com.ar/1646540-advierten-que-1900-comercios-fueron-afectados-por-los-saqueos-en-14-provincias*). FRIEDMAN (1975: 69) ofrece un ejemplo similar ocurrido durante la ocupación nazi en Dinamarca, en la que los alemanes detuvieron a la totalidad de la fuerza policial de ese país y los robos aumentaron de diez a cien casos mensuales. Sin embargo, en el caso danés, otros delitos como las estafas y otras defraudaciones no aumentaron.

[11] *Fuente: Banco Mundial.* Disponible en *http://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?view=chart.*

o entre asistentes a espectáculos deportivos, o el grado de ineficacia de la norma que prohíbe los sobornos considerando para ello solo a las empresas que realizan contratos con el Estado Nacional, etcétera.

Por tanto, la dificultad acerca de la inconmensurabilidad de la eficacia se modera, de alguna manera, si se flexibiliza el concepto de eficacia para transformarlo en una idea que se vincula siempre a una cuestión de grados y que, además, puede ser contextualizada temporal, geográficamente o por situaciones para su evaluación. De esta manera las normas «eminentemente generales» —como la prohibición de lesionar a otros— son evaluadas en contextos en donde es más fácil identificar destinatarios particulares (p. ej., asistentes a espectáculos deportivos) u ocasiones de cumplimiento (eventos deportivos). Creo que la mayor parte de los autores estaría dispuesto a aceptar que la eficacia es una cuestión de grados, sin embargo, en el afán por encontrar definiciones precisas y exhaustivas terminan dejando de lado la ventaja que ofrece mantener la idea de gradualidad de manera permanente[12].

Ingresando ahora en el plano de la efectividad, corresponde aclarar que la efectividad también se presenta de manera gradual. La efectividad absoluta (en el sentido de alcanzar por completo R1) es muy difícil de conseguir. Por tanto, la efectividad también se debe entender como lograda cuando haya *resultados estadísticos aceptables* sobre los resultados sociales esperados con la sanción de la norma. Debe tenerse en cuenta que la eficacia es, en términos generales, precondición de la efectividad[13]. Lo contrario no es tan obvio ya que no es infrecuente que una norma sea eficaz pero no

[12] Es importante distinguir aquí que es posible asignar distintos grados de eficacia a una norma a nivel estadístico o general; sin embargo, a nivel individual (o caso a caso) la norma se cumple o no se cumple y no es posible identificar diferentes grados de cumplimiento como sí lo es a nivel general. El mismo comentario es aplicable a la definición de eficacia propuesta por NAVARRO con que se inicia esta sección. Se trata evidentemente de una aproximación que refiere a la eficacia a nivel estadístico o general y no a nivel individual, en el que la norma se cumple o no se cumple.

[13] La aclaración de que generalmente la eficacia es precondición de la efectividad pero no se trata de una regla obedece a que existen situaciones infrecuentes de normas ineficaces o con baja eficacia que logran, sin embargo, que los resultados sociales esperados sean obtenidos. Ello ocurre a través de conductas diferentes de las prescriptas por las normas. Llamaré a esta situación «efectividad impropia». Para poder hablar de efectividad impropia se debería poder afirmar que estas conductas alternativas que conducen a R1 no se producirían si N1 no existiera. Se trataría de un efecto funcional de N1 en el que paradójicamente N1 es incumplida. Así, por ejemplo, la norma que obliga a frenar completamente el automotor en las señales de «stop» o «alto» o «pare» es generalmente incumplida por los conductores latinoamericanos. La obligación de detener el coche se reemplaza, en el mejor de los casos, por una disminución de la velocidad y una mirada rápida hacia la bocacalle o simplemente por esta última acción. Sin embargo, a pesar de la ineficacia de la norma, su finalidad (podríamos asumir razonablemente que es evitar colisiones con otros vehículos), en términos generales, se cumple por la presencia de las otras conductas descritas (disminuir la velocidad y mirar). Si el cartel de «pare» (N1) no existiera, los conductores no disminuirían la velocidad ni mirarían, sino que simplemente se guiarían por la prioridad de paso en las bocacalles. Algo similar ocurre con las normas sobre velocidad máxima en las autopistas: en España ha resultado en una disminución de accidentes la disposición que reduce el máximo de circulación en las autopistas; sin embargo, ese límite (de 120 km) es generalmente incumplido por los conductores (la media de circulación es de 130 km por hora); no obstante la baja eficacia de la norma, se han reducido efectivamente los promedios de velocidad si se los compara con la etapa previa a la sanción de la nueva norma que impone el máximo de 120 km por hora. Se me ha sugerido considerar a esta situación como una eficacia cualitativa (para diferenciarla de la situación en la que estadísticamente hay un alto cumplimiento de la norma que sería una eficacia cuantitativa); si bien la idea es sugestiva y capta de alguna manera el fenómeno, creo que es más adecuado mantener la idea de que cada vez que se sobrepasa el límite de 120 km por hora la norma es incumplida (en el caso a caso) y que a nivel estadístico esa norma tiene una baja eficacia, de esta manera evito que la idea de eficacia pierda —innecesariamente— sus rasgos definitorios.

efectiva por defectos en su diseño o por la aparición de conductas alternativas que se realizan conjuntamente o sucesivamente con la del cumplimiento de la norma y que conspiran contra la consecución de sus objetivos[14]. Por tanto, siendo la eficacia precondición general de la efectividad parece razonable comenzar por entender con mayor profundidad esta parte de la ecuación en la interacción con las normas sociales. A ello se destinará el resto del artículo.

3.1. Las normas «antidirectivas», la imposibilidad de predicar eficacia y la efectividad de este tipo de normas

El esquema «eficacia/efectividad» presentado anteriormente se enfrenta a otro problema significativo a la hora de ser aplicado a las normas que serán llamadas *antidirectivas* (SHAPIRO, 2011: 146). En el grupo de las anti-directivas se incluirán las normas que confieren permisos, poderes, potestades y normas que otorgan cierto tipo de derechos en los que los sujetos tienen la opción de ejercer el derecho o no (*v. gr.* normas que garantizan la libertad de expresión o de sufragio cuando este no es obligatorio). La referencia general a normas *antidirectivas* engloba entonces a las normas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos a hacer o no hacer algo, sino que, por el contrario, a través de ellas se hará saber a los sujetos normativos que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción (SHAPIRO, 2011: 146).

La imposibilidad de predicar eficacia acerca de normas que confieren potestades y otorgan permisos ha sido señalada en la mayoría de las discusiones y trabajos sobre este tema y no son demasiados los cuestionamientos sobre esta afirmación. En efecto, al no regular conducta alguna se ven satisfechas con cualquier proceder y no son susceptibles de violación (VERNENGO, 1983: 278). Sin embargo, las antidirectivas requieren para tener algún sentido práctico, de la presencia circundante de normas prescriptivas tal como, entre otros, lo han señalado ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991: 236). Efectivamente, poco sentido tendría que se permita, por ejemplo, celebrar contratos si no hay una obligación posterior de cumplir con lo acordado, una prohibición general a los terceros de interferir en esa relación contractual, etcétera.

Si bien parece difícilmente discutible la imposibilidad de predicar eficacia o ineficacia de las normas permisivas, es posible en ciertos casos medir el «uso» de una opción sobre la otra u otras. En términos muy sencillos: si del universo de las parejas convivientes en 1960 un 85 por 100 estaba casada y en el año 2018 solo un 45 por 100 lo está, el «uso» de la potestad de contraer matrimonio ha disminuido.

---

[14] Un ejemplo de normas que son solo formalmente eficaces puede ser el siguiente: durante muchos años en Argentina y en otros países de América Latina, una práctica afianzada entre ciertos «caudillos» barriales que tenían a su «cargo» la distribución de planes sociales era el de pedir una contribución del 20 por 100 mensual de esos planes sociales a los beneficiarios. Es decir, en estos casos los caudillos barriales actuaban conforme a N1 y realizaban C1 (p. ej., seleccionaban a familias sin ingresos y con hijos menores) pero además realizaban C2 (p. ej., pedían un «retorno» a esas familias del 20 por 100 de lo percibido mensualmente). Esta conducta alternativa podría haber producido el fracaso de R1 (*v. gr.* que los beneficiarios no lograran superar la llamada «trampa de la pobreza») o una disminución en su efectividad y, con seguridad, una reducción de su eficiencia. La eficacia formal se presenta frecuentemente en el ámbito del derecho financiero e impositivo, donde la multiplicidad de opciones de acción permite la generación de estrategias de elusión de alguna o algunas de las consecuencias de haber obrado conforme a N1.

La relevancia de introducir la cuestión de las normas antidirectivas se advierte en dos sentidos: *a)* no obstante la imposibilidad de predicar eficacia acerca de las normas anti-directivas, es importante tener en consideración que el uso y goce de los derechos, potestades, permisos, que estas confieren puede verse afectado también por la presencia de normas sociales disfuncionales tal como se verá más adelante, y *b)* en las normas antidirectivas también es posible advertir una razón subyacente o resultados socialmente relevantes que se persiguen con su dictado. De esta forma, la posibilidad de hacer «uso» (que puede verse obstaculizado por normas sociales) y el grado de «uso» que efectivamente hagan los destinatarios puede llevar a que se alcancen o no se alcancen los resultados sociales esperados.

3.2. Algunas razones sobre por qué una norma puede ser ineficaz y una primera vinculación entre ineficacia y normas sociales

Volvamos ahora a la pregunta original pero ya fuera del contexto del ejemplo de la desigualdad de género: ¿por qué ciertas normas jurídicas son altamente eficaces y otras no?

Las normas pueden no ser eficaces o tener una baja eficacia por factores subjetivos (no se logra motivar la conducta de los sujetos) o por factores objetivos (la norma es de imposible o muy difícil cumplimiento o no están dadas las condiciones para poder cumplir con la norma) (en sentido similar pero evaluando la racionalidad legislativa *vid.* ATIENZA, 1995: 37 y 45). El estudio de los factores subjetivos que pueden hacer fracasar la eficacia de una norma resulta un desafío que considero que el derecho no puede emprender sin la ayuda de otras ciencias[15]. A pesar de la imposibilidad actual para dar una respuesta completa a por qué fracasa la eficacia de las normas por razones subjetivas o, por el contrario, por qué las normas son cumplidas, en un plano conceptual, los juristas han entendido que las normas son cumplidas por temor a las sanciones, por utilidad, por respeto al orden, por respeto a la autoridad o por adhesión o por una cuestión de balance entre costes y beneficios (*vid.,* por todas estas razones, entre muchos otros, VON WRIGHT, 1970; RAZ, 1985; BAYÓN, 1991; NINO, 1985; HIERRO, 2003; FRIEDMANN, 1975). Asumiendo que estas razones para el cumplimiento son conjuntamente razonables podemos ensayar que una norma puede tener un bajo nivel de eficacia por razones subjetivas cuando se presentan una o más de las siguientes circunstancias:

a) Problemas técnico-legislativos que generan dificultades para conocer o comprender la norma.

b) Problemas en las condiciones de la aplicación de las normas (*enforcement*). Evidentemente para ciertas normas la eficacia dependerá de una manera directa y más

[15] Fuera del ámbito jurídico, otras disciplinas, como la psicología, la economía o la sociología, han intentado también dar respuesta a por qué se cumplen o no se cumplen las normas. Pareciera, a mi modesto juicio, que las explicaciones jurídicas desvinculadas de otros elementos interdisciplinarios no pueden dar más que respuestas parciales y en todo caso siempre teóricas sobre el porqué del cumplimiento o incumplimiento de las normas. Me producen entusiasmo las nuevas propuestas jurídicas que intentan abordajes más interdisciplinarios como las que se enmarcan en la recientemente denominada «psico-deóntica» [*vid.* CELANO y BRIGAGLIA (2016) y BRIGAGLIA (2017)].

constante de los niveles de aplicación. Por ejemplo, la eficacia de la norma que penaliza la omisión de poner monedas en el parquímetro para aparcar en la calle dependerá de una manera directa y constante de la aplicación de multas por esa infracción, mientras que en otro tipo de normas la relación entre condiciones de aplicación y eficacia como acatamiento será más débil (como en las normas que obligan a alimentar a los hijos o prohíben el canibalismo)[16].

c) Finalmente, otro gran grupo de razones por las que una norma puede tener baja eficacia, es el que resulta de especial interés para este trabajo y el gran olvidado para la mayor parte de los análisis jurídicos. Se trata de la ineficacia o de los bajos niveles de eficacia que produce la tensión o competencia que se genera entre las normas formales (especialmente las normas jurídicas) y ciertas normas informales que integran diversos conjuntos normativos[17]. Las sociedades funcionan simultáneamente con varios subconjuntos normativos, siendo las normas formales solo uno de esos subconjuntos (COLEMAN, 1990). Dentro de los otros subconjuntos normativos aparecen diversas manifestaciones de instituciones informales que interactúan con las instituciones formales y tienen consecuencias sobre la eficacia y/o la efectividad de estas últimas. Es decir, las normas informales o sociales pueden afectar las razones para el cumplimiento de las normas jurídicas acerca de lo que los juristas han dado cuenta.

4. ENFOQUES DINÁMICOS Y ESTÁTICOS DE LAS RELACIONES ENTRE NORMAS FORMALES Y NORMAS SOCIALES

La interacción entre normas jurídicas y sociales ha sido generalmente abordada describiendo el modo en que las instituciones formales producen, crean o generan normas sociales, y viceversa[18] (a los estudios sobre este tipo de interacción los llamaré *enfoques dinámicos*). Por el contrario, se ha prestado relativa poca atención a los resultados de estas interacciones sobre la eficacia y efectividad de las normas formales (que llamaré *enfoque estático*). En el gráfico que sigue se presenta un esquema de las posibles relaciones estáticas y dinámicas que pueden presentarse entre hábitos convergentes, normas sociales y normas formales. Las relaciones indicadas en las flechas son de dos tipos: «generación» y «afectación». La primera es la relación que puede identificarse tras un enfoque *dinámico* y es la que explica que a través de estas interacciones se «generen» normas sociales, jurídicas o hábitos convergentes. La segunda relación, de «afectación», es de la que da cuenta el enfoque estático o de eficacia y es el que resulta más relevante para el propósito de este trabajo.

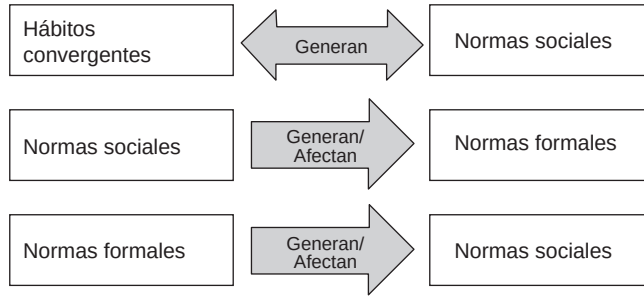
---

[16] Los ejemplos del parquímetro y el canibalismo han sido propuestos por FRIEDMAN (1975: 68); el ejemplo de la alimentación a los hijos por HIERRO (2003: 141).

[17] Las expresiones «normas informales», «normas sociales» o «instituciones informales» pueden referir al mismo fenómeno (que describiré con más detalle unos párrafos más adelante). Utilizaré por lo general la expresión «normas sociales» por ser el más difundido en el ámbito de la teoría jurídica. En este trabajo no incluiré a otros conjuntos normativos informales como las normas morales o las normas religiosas que guían las conductas de los fieles de una determinada religión.

[18] Cfr., entre muchos otros, NORTH, WALLIS y WEINGAST (2009); NORTH (2005); MAHONEY y THELEN (2010); SCHAUER (2015); ALDASHEV *et al.* (2012); CARRUTHERS (2012).

Gráfico 1. Esquema de interacción entre hábitos convergentes, normas sociales y normas formales



El enfoque dinámico nos permite determinar la presencia, por ejemplo, de la siguiente relación: existe desde hace siglos una norma social que prohíbe circular desnudo por las calles de Barcelona y esa norma social recién en 2011 fue recogida por una norma formal (la norma social fue *el antecedente,* en algún sentido, de la norma formal). En cambio, el enfoque estático nos permite detectar esa interrelación en un momento concreto y sin importar cuál es el antecedente de la norma jurídica o de la norma social: si sacásemos una foto hoy a los transeúntes de Barcelona no detectaríamos la relación de «generación» antes mencionada, simplemente veríamos a la gente vestida y podríamos afirmar que la norma jurídica es en este caso eficaz. Es decir, para detectar una relación de *afectación* podemos detener nuestra mirada en un momento determinado del tiempo. La distinción anterior no implica sostener que las relaciones de afectación se producen de manera instantánea o automática, pero una vez producidas, basta un enfoque sincrónico para poder describirlas. En general, como ya se dijo, la literatura, especialmente desde la economía, la sociología y las ciencias políticas, ha prestado más atención a las relaciones que se detectan mediante enfoques dinámicos.

Esta distinción entre los enfoques dinámicos y estáticos es útil para diferenciar algunos aspectos de la interacción entre normas sociales y formales, pero es evidente que entre ellos hay también una vinculación. Tomemos el caso de la prohibición de fumar en lugares públicos que como norma formal fue altamente eficaz en casi todo el mundo y consiguió que se deje de fumar en esos lugares *afectando* de esta forma a una norma social que permitía esa actividad y que coincidía con el permiso jurídico anterior (enfoque estático). Esa afectación generó posteriormente el nacimiento de una norma social que fue funcional a la norma formal (es decir, que refuerza el enunciado «está prohibido fumar en lugares públicos cerrados»), y también generó el surgimiento de una nueva y distinta norma social que podría formularse como «está prohibido fumar en los domicilios ajenos excepto que se cuente con autorización de quienes habitan en él» (enfoque dinámico).

4.1. Normas sociales endógenas y no-endógenas a normas jurídicas

En el Gráfico 1 se introdujeron dos posibilidades de generación o nacimiento de normas sociales: en el primer caso (hábitos convergentes que generan normas sociales),

es posible apreciar que no es necesario el antecedente de una norma formal para el surgimiento de la norma social. Por el contrario, en el último caso (normas formales que generan normas sociales) son las normas jurídicas el antecedente del surgimiento de la norma social o informal. Esta es una interesante contribución de HELMKE y LEVITSKY (2006: 18) al distinguir entre normas sociales que son *endógenas* a normas formales y aquellas que no lo son. Las primeras, de acuerdo con estos autores, «en sus orígenes están directamente relacionadas con alguna norma formal» (HELMKE y LEVITSKY, 2006: 18).

Por su parte, las normas sociales *no-endógenas* a normas formales pueden identificarse principalmente en dos ámbitos: *a)* en el que rige las relaciones entre personas y el vínculo entre personas y cosas, cuya regulación no resulta interesante para las normas jurídicas o se trata de ámbitos en los que le está vedado intervenir[19], y *b)* las normas sociales no-endógenas pueden surgir como respuesta a lagunas normativas o axiológicas.

4.2. Normas sociales que afectan la eficacia/efectividad de normas formales (enfoque estático)

Entenderé que una o más normas sociales pueden ser funcionales o disfuncionales respecto de una o más normas formales. Así, las normas sociales son funcionales a una o más normas jurídicas cuando la interacción entre la institución informal y la formal genera una contribución directa o indirecta a la *eficacia* y/o *efectividad* de la norma formal (o a la efectividad del sistema de normas que esta integra), es decir, al cumplimiento de los propósitos (R1) de la norma formal (N1) a través de las conductas señaladas por la norma (C1). Por el contrario, la institución informal será disfuncional respecto de una o más normas jurídicas cuando la primera: i) conspire contra la *eficacia*, indicando como prohibidas o facultativas conductas que son obligatorias de acuerdo con normas jurídicas u obligando o estableciendo un permiso cuando la norma jurídica prohíbe; ii) compita con la finalidad de la norma formal (tienda a contradecir o a neutralizar a R1 y por ello resulte un obstáculo a su *efectividad*); iii) eleve los costes de su cumplimiento o de su efectividad (perjudicando de este modo también su eficiencia), y iv) sea un obstáculo para el uso y goce de las antidirectivas por establecer prohibiciones u obligaciones que se opongan a las normas que establecen permisos, facultades, potestades, competencias, etcétera.

Asimismo, distinguiré entre normas sociales valiosas y disvaliosas. Tomaré como parámetro o medida de dicha valoración un enfoque plural y universal: el hecho de que ellas promuevan (o no) la expansión de las capacidades o libertades humanas tal como ha sido desarrollada esta concepción por Amartya SEN (2000, 2009)[20]. Por su-

[19] Me refiero a ámbitos de exclusión del Estado que garantizan una esfera de privacidad o de libertad como aquel que contempla el art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados».

[20] De manera bastante simplificada podemos decir que las capacidades o libertades humanas son el conjunto de oportunidades reales u opciones a disposición de los individuos para llevar adelante la vida que tienen razones para valorar (SEN, 2009: 226 y 233).

puesto que este enfoque podría ser reemplazado por otros tales como, por ejemplo, una perspectiva de derechos humanos o la idea de los bienes primarios de RAWLS (1971).

Por tanto, la relación entre normas sociales y normas jurídicas se evalúa en el ámbito de la «funcionalidad/disfuncionalidad» de las primeras respecto de las últimas; mientras que la evaluación de su «valor/disvalor» puede prescindir de la interrelación con una norma jurídica. Sin embargo, en muchas oportunidades, al detectarse una norma social disvaliosa se promoverá la sanción de una norma jurídica para neutralizarla o extinguirla.

Se propone a continuación un modo de abordar la relación estática o «de afectación» de las normas formales que parte de la idea de que la ineficacia de la norma formal puede ser producto de la interacción con una o más normas sociales disfuncionales. Además, se incorporará un elemento adicional al de la eficacia que puede vincularse con la *eficiencia* de la norma formal ya que se evaluará la posibilidad de que la norma informal no afecte directamente a la eficacia, pero sí influya sobre los costes de llevar adelante la conducta indicada por la norma formal.

En las relaciones de competencia entre normas que se propondrá se asume que todas las normas están correctamente diseñadas y se excluyen los casos de «efectividad impropia»[21] ya que son realmente casos marginales, así como casos en que la eficacia o la efectividad se ve afectada por situaciones excepcionales como crisis internacionales o catástrofes naturales. Por el contrario, sí se considerará como una auténtica relación de competencia lo que llamaré *normas formalmente eficaces* que se presentan cuando además de cumplirse con la conducta indicada (C1) por la norma (N1) se realizan conductas alternativas (C2, C3, C4...) que neutralizan o anulan las consecuencias de haber obrado conforme con la norma formal.

Con el propósito de poner en evidencia con mayor claridad esta relación de competencia entre normas formales y sociales, a continuación, en el Cuadro 1 se presentarán diversos ejemplos en los cuales se ve afectada la eficacia de normas formales que establecen obligaciones o prohibiciones. En la primera columna se indica el tipo de norma jurídica (prohibición u obligación); en la segunda columna se presenta alguna modalidad en que la norma social contradice a la norma jurídica (p. ej., si la norma jurídica «obliga» la norma social que está en tensión con ella podría «prohibir»); finalmente en la tercera columna se propone un ejemplo real de este tipo de competencia y afectación a la eficacia.

[21] Son los casos ya comentados anteriormente en los que la norma no es eficaz pero sí es efectiva.

Cuadro 1. Relaciones de competencia entre normas formales prescriptivas y normas sociales con impacto en la eficacia

Norma jurídica	Norma social	Ejemplos del triunfo de la norma social
Prohíbe	Releva de la prohibición (otorga permiso)	En India, en 2006, se dictó una ley prohibiendo los matrimonios infantiles (*Prohibition of Child Marriage Act,* 2006). Sin embargo, entre el 47,7 y el 60 por 100 (dependiendo de la región) de los matrimonios son entre hombres (de diferentes edades) y mujeres púberes y prepúberes[a].
Prohíbe	Obliga	En India, en el año 1961, se prohibió formalmente la arraigada tradición de la «dote matrimonial» (*Dowry Prohibition Act,* 1961). Sin embargo, una familia con hijas mujeres está «obligada» por una norma social aún actualmente a aportar la dote antes de que su hija se case[b].
Obliga	Releva de la obligación (torna facultativa la conducta)	Las normas sobre igualdad de género e igualdad en las condiciones de contratación obligan a dar igual tratamiento salarial a hombres y mujeres; no obstante lo cual, la obligación es neutralizada por normas sociales que admiten cualquiera de los dos caminos: que se otorgue trato diferente a hombres y mujeres en el ámbito de la contratación laboral o que se respete la obligación.
Obliga	Prohíbe	Luego de pronunciado el fallo *Brown vs. Board of Education* (1954) por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el que se obligaba a la aceptación de estudiantes afroamericanos en todas las instituciones educativas; en muchas escuelas públicas se continuó con las prácticas segregatorias impidiendo que los estudiantes afroamericanos se enrolasen en escuelas a las que también acudían estudiantes blancos[c].
Obliga o Prohíbe	Mediante nuevas obligaciones, prohibiciones o permisos *informales* se aumentan o disminuyen los costes de cumplir/incumplir con la obligación o de cumplir/incumplir la prohibición.	Durante muchos años en América Latina ciertos «caudillos» barriales que distribuían los planes sociales seleccionaban adecuadamente a las familias aptas para ser beneficiarias, pero exigían a los beneficiarios una contribución del 20 por 100 mensual de esos planes sociales. Es decir, en estos casos los caudillos barriales actuaban conforme a N1 y realizaban C1 (p. ej., seleccionaban a familias sin ingresos y con hijos menores), pero además realizaban C2 (pedían un «retorno» a esas familias del 20 por 100 de lo percibido mensualmente).

[a] Los datos sobre India provienen de YOUNG LIVES AND NATIONAL COMMISSION FOR PROTECTION OF CHILD RIGHTS, 2017: 18 y OCDE, 2014. El fenómeno de los matrimonios de adolescentes y preadolescentes afecta principalmente a las mujeres: a nivel global cerca de 700 millones de mujeres se registran como casadas antes de los dieciocho años comparado con los 156 millones de varones de esa edad también casados (UNICEF, 2014).

[b] Hay un lamentable refuerzo mutuo entre las dos normas sociales comentadas respecto de India: la norma social obliga a que cuanto más tarde se produzca el matrimonio la dote debe ser mayor, lo que incentiva a promover casamientos tempranos especialmente para las mujeres (LIVES AND NATIONAL COMMISSION FOR PROTECTION OF CHILD RIGHTS, 2017: 3).

[c] *Vid.* ORFIELD (2001) y REARDON (2014).

En los casos incluidos en el cuadro anterior la norma formal (N1) dispone la realización u omisión de realización de determinada conducta (C1) con el fin de alcanzar un determinado resultado social (R1); sin embargo, esa conducta es reemplazada por otra originada en una norma social [Ns (C2)] y en la mayoría de los casos el resultado social esperado (R1) no se alcanza. Así la afectación a la eficacia perjudica también su efectividad.

En el último caso ejemplificado («Obliga o Prohíbe/aumenta o disminuye costes») la prohibición u obligación se cumple, pero se aumentan los costes de cumplir con la norma jurídica. Mientras que en los pares anteriores a este la norma formal se incumple (no es eficaz o no lo es de manera óptima). En el caso de aumento/disminución de costes no se afecta directamente la eficacia, pero sí puede tener consecuencias en la efectividad y/o eficiencia de la norma formal. Por tanto, y al igual que lo que se verá en el Cuadro 2 (último caso), la competencia de la norma social no es directamente con la norma jurídica a la cual afecta (en el caso, los caudillos barriales cumplen N1), sino que la tensión se presenta con relación a otras normas del sistema que son necesarias para la efectividad o eficiencia de N1.

En el Cuadro 2 se presentarán las posibles relaciones de competencia entre normas formales antidirectivas (es decir, aquellas que confieren permisos, derechos, potestades, competencias, etc.) y normas sociales. El diseño del Cuadro 2 sigue los mismos lineamientos que los del Cuadro 1: en la primera columna se presenta el tipo de norma anti-directiva, en la segunda columna se describe cómo la norma social contradice a la norma jurídica (básicamente obligando o prohibiendo) y en la última columna se presentan ejemplos también reales de situaciones en las que se hayan presentado estas tensiones o competencias. Asimismo, en las dos últimas filas del cuadro, se presentarán las posibles relaciones de competencia entre normas sociales y permisos negativos, que consideraré establecidos por *default* por el sistema jurídico y, por tanto, como otorgados por normas formales. Es decir, considero que, para el análisis que se realiza en este trabajo, hay una equivalencia pragmática entre permisos débiles y fuertes.

Las relaciones de competencia o tensión que se presentarán en el Cuadro 2 se producen cuando las normas sociales prohíben u obligan a realizar algo que está permitido o que es facultativo. Por cierto que es posible y frecuente que las normas formales y las instituciones informales coincidan en aquello que permiten y en esos casos —que por no ser problemáticos no están ilustrados en el cuadro— las normas formales y normas sociales se refuerzan mutuamente.

Cuadro 2. Relaciones de competencia entre normas sociales, normas formales antidirectivas y permisos negativos

Norma jurídica	Norma social	Ejemplos del triunfo de la norma social
Confiere permiso, potestad o competencia	Prohíbe	En las sociedades en las que las legislaciones permiten la corrección de los hijos mediante castigos físicos moderados, rigen muchas veces normas sociales que censuran esa práctica[a].
Confiere Permiso, potestad o competencia	Obliga	En ciertos ámbitos altamente influidos por el clientelismo y el fraude electoral, los ciudadanos tienen derecho a votar a cualquier partido de los que se presentan a elecciones; sin embargo, a través de diversos mecanismos sustentados en normas sociales son obligados a votar por un determinado partido.
Confiere permiso, potestad o competencia	Aumenta o disminuye los costes de hacer uso de la norma antidirectiva	Las prácticas afianzadas de corrupción que aparecen en muchos ámbitos al intentar hacer uso de un permiso o ejercer un derecho suelen aumentar o disminuir los costes de hacer uso de los permisos, potestades, o derechos.
Ámbito no regulado (permiso negativo)	Obliga	En el cono sur de América Latina (probablemente en otras regiones también) la práctica de amamantar a los recién nacidos ha adquirido rasgos típicos de norma social que obliga a tal conducta y se reprocha socialmente el no amamantar cuando no hay causas médicas que lo impidan.
Ámbito no regulado (permiso negativo)	Prohíbe	En la mayoría de los estados de Estados Unidos no hay una prohibición formal de amamantar en público; no obstante, el reproche social de esta práctica es notable y en la práctica generalmente no se amamanta en público.

[a] En la República Argentina, por ejemplo, hasta agosto de 2015 estuvo vigente el art. 278 del Código Civil, que establecía: «Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores». El caso presentado en el cuadro resulta incómodo porque las normas sociales que reprochan el permiso de castigo físico de los hijos menores pueden ser consideradas «valiosas» en el sentido que se ha dado a este término en este trabajo y, en general, he presentado anteriormente normas sociales que eran disfuncionales y disvaliosas. La valoración como «valiosa» de una norma social, como especifiqué anteriormente, es independiente de su consideración como disfuncional a una norma jurídica.

Es relativamente frecuente que en el ámbito del derecho de familia o de normas que regulan indirectamente las relaciones intrafamiliares las normas sociales sean menos conservadoras que las normas jurídicas y por eso aparezcan muchas veces como valiosas. Muchas de las normas formales sobre relaciones familiares que hoy conocemos —p. ej., las que legalizan las convivencias de hecho, el divorcio, o el tratamiento igualitario a los hijos nacidos fuera del matrimonio— comenzaron como normas sociales que se oponían (en alguna de las formas señaladas en los Cuadros 1 y 2) a las normas formales sobre derecho de familia, que eran entonces más conservadoras, y fueron esas normas sociales las que generaron la demanda de cambios que finalmente recogieron las leyes (Waylen, 2014: 218). Finalmente, cuando las leyes formales fueron modificadas aceptando otorgar derechos y obligaciones a las relaciones de convivencia, permitiendo disolver matrimonios, y otorgar iguales derechos a los hijos extramatrimoniales, las normas sociales preexistentes permitieron una mayor eficacia o mejores índices de «uso» de las nuevas normas formales que establecían permisos o potestades..

Uno de los casos señalados en el cuadro anterior merece una explicación adicional. Se trata del caso en el que la norma social eleva los costes de llevar adelante la actividad permitida por una norma formal. En general, cuando las normas sociales compiten con normas formales que establecen permisos o potestades y su resultado es la elevación de costes, se produce el incumplimiento de una norma prescriptiva asociada necesariamente a la norma formal que establece el permiso o potestad, pero el conflicto no es con la propia norma que establece el permiso. Como se ha adelantado en la primera parte de este trabajo y además resulta obvio, la existencia de un permiso positivo genera una serie de obligaciones y prohibiciones genéricas (*v. gr.* no interferir con la posibilidad de hacer uso de la norma antidirectiva) y concretas (si quiero hacer uso del derecho de atenderme en un hospital público y cumplo las condiciones para ello, los médicos deben atenderme, confeccionar mi historia clínica, recetarme la medicación adecuada, y asimismo tienen prohibido cobrarme sus honorarios como si me hubieran atendido en una consulta privada o exigirme una suma de dinero para atenderme antes que a otras personas, etc.). Por tanto, cuando el resultado sea el aumento de los costes, la interferencia de la norma social con la norma que establece un permiso, potestad, competencia, etc., generará la violación de una de las obligaciones o prohibiciones genéricas o específicas requeridas para poder hacer uso de la norma antidirectiva.

En los ejemplos incluidos en los cuadros anteriores se han presentado casos de normas formales que no han podido vencer a una institución informal preexistente (como el caso de India y la dote matrimonial) y casos de normas auténticamente endógenas a normas formales (como los casos de corrupción o clientelismo).

5. ¿QUÉ PUEDE HACER EL DERECHO PARA VENCER A LAS NORMAS SOCIALES DISVALIOSAS?

Estas palabras finales no tienen la intención de ser una conclusión formal, en el sentido de que no será una referencia ordenada de los temas tratados, ni se presentará una propuesta concreta sobre los problemas descritos. Se trata más bien de una reflexión sobre posibles perspectivas y nuevos interrogantes que se abren tras los análisis anteriores.

Volveré una vez más a abordar algunas de las características de las normas sociales, pero esta vez no desde una perspectiva jurídica como en la sección 2 de este trabajo, sino desde un enfoque más amplio: entiendo, junto con muchos autores, que no es acertado sostener que las normas sociales se relacionen *necesariamente* con tradiciones culturales, valores morales, creencias religiosas, costumbres y otras cuestiones similares, como lo han entendido algunos autores (PEJOVICH, 1999: 166)[22]. Es innegable que las normas sociales pueden surgir, en ocasiones, por herencias culturales, tradiciones

[22] En consonancia con el auge de ciertas visiones «culturalistas» se ha puesto un énfasis excesivo en las normas sociales que rigen las relaciones entre la población o que provienen de hábitos considerados culturales. En menor medida se han estudiado las normas informales con relación al poder político (es decir, p. ej., las relaciones verticales) (sí lo han hecho O'DONNELL, 2006; HELMKE y LEVITSKY, 2004, 2006) y casi ningún trabajo se ha dedicado a las normas informales en el ámbito de las actividades económicas y financieras y/o a nivel corporativo.

religiosas, etcétera. Sin embargo, raramente surgen de manera espontánea y es muy difícil entenderlas aislándolas de las condiciones creadas por los gobiernos y los procesos políticos (KINZIG *et al.*, 2013: 166). Incluso hay normas sociales y/o normas informales cuyo surgimiento es impulsado por el gobierno o cuya *creación* puede atribuirse a una decisión planificada desde el Estado. Casos interesantes de este tipo de instituciones informales son las que se instalan en la población respecto al rechazo o al odio hacia otras naciones, lenguas, culturas o religiones (*vid.* LESSIG, 1995: 973 y ss.). También la construcción de la tradición es un modo de generar normas sociales que no resulta política ni socialmente neutral (sobre la construcción de la tradición, *vid.* HOBSBAWM y RENGERS, 1983). Esta afirmación no implica en modo alguno sostener que *todas* las instituciones informales se originan a partir de la existencia de una norma formal. Pese a ello, el marco institucional formal general será, en parte, el molde que otorgará forma y establecerá los límites tanto de las normas sociales o informales (y también la interacción se verifica en el sentido opuesto). Lo que quiero destacar a través de estas afirmaciones es que son realmente pocas las normas sociales de carácter atávico o de tradición cultural difícilmente mutable con que muchas veces se asocia a la totalidad de las normas sociales.

Ahora bien, a pesar de esta visión medianamente optimista, lo cierto es que las normas formales se encuentran a menudo en un laberinto de difícil salida: por un lado su eficacia (que en condiciones de buen diseño institucional y ausencia de situaciones anómalas conducirá a su efectividad) es requisito para superar algunas normas sociales consideradas disvaliosas [que interfieren en la expansión de las capacidades humanas (SEN, 2000)]. Sin embargo, por otro lado, su eficacia puede estar justamente obstaculizada por la institución informal que pretenden superar. La interacción se presenta también en otro sentido pues pareciera que las normas jurídicas brindan un marco genérico que permite el desarrollo de ciertas normas sociales y no de otras. Mas, otra vez, ese marco o molde genérico dependerá en buena medida de la eficacia de esas normas formales, que a su vez estará limitado por su capacidad para neutralizar a las normas sociales disvaliosas o aprovechar la sinergia de las normas sociales o sociales valiosas o funcionales.

Muchos autores consideran que el margen para modificar normas disvaliosas a través de un proceso deliberado como la sanción de una norma jurídica es escaso. Como lo han expresado diversos autores —y parece bastante obvio— es mucho más fácil para una norma formal ser eficaz cuando existe una norma informal que es complementaria de esta. Así se ha dicho que «como los *surfers,* los legisladores [...] que quieran cambiar normas sociales que rigen la vida cotidiana deben esperar signos de una ola cultural que los soporte y cogerla justo en el momento indicado» (KAGAN y SKOLNICK, 1993: 85). Por supuesto que si existiese una norma social que indicase que hay que obedecer el derecho y, por tanto, el mero incumplimiento del derecho generase una sanción informal en adición a la eventual que pudiera aplicarse desde la norma formal (*vid.* SCHAUER, 2015: 350 y ss.), gran parte —si no toda— la paradoja de las normas formales antes planteada desaparecería. Considero, sin embargo, que tal norma social es inexistente en gran parte del mundo.

El hecho de que una norma formal que es apuntalada por una norma informal tenga más chances de ser eficaz es a esta altura casi evidente, pero ¿es posible reemplazar o hacer «desaparecer» normas informales sociales disvaliosas a través de normas forma-

les cuando no hay «olas culturales» que den signos de apoyo? En definitiva, ¿tiene el derecho una capacidad constitutiva de tal magnitud como la que han señalado algunos autores? (CHANG y EVANS, 2007; SEN, 2006).

No desarrollaré aquí las respuestas a esas preguntas de una manera completa pues el modesto propósito de este trabajo es el de mostrar las interacciones entre normas sociales y normas formales, especialmente los problemas en la eficacia y en la efectividad que esas relaciones pueden generar. Solo diré que mi posición sobre el tema es de un moderado y condicionado optimismo en la capacidad del derecho para producir cambios institucionales reales que conduzcan a la expansión de las capacidades humanas cuando se enfrentan a normas sociales disvaliosas. Este optimismo es *moderado* porque no afirma sin más que el derecho o los cambios institucionales formales sean capaces de resolver todas las situaciones que pueden obstaculizar el desarrollo humano, pero sí muchas de ellas[23]. A su vez, es *condicional* porque exige que los cambios institucionales se realicen bajo unas condiciones que requieren la mejora técnica y una mayor racionalidad de los modelos de producción legislativa, especialmente incorporar a los procesos de *law-making* la consideración de la inevitable interacción entre los mundos institucionales formales e informales.

En este sentido, pareciera necesario incorporar a los razonamientos y deliberaciones previos a la sanción de normas jurídicas la noción de que las normas jurídicas pueden ser sancionadas por, entre muchos otros, los siguientes motivos: i) para neutralizar o erradicar una institución informal que se considera disvaliosa o que es disfuncional a otra(s) norma(s) jurídica(s); ii) para reforzar una institución informal que se considera valiosa o funcional a otra(s) norma(s) jurídica(s); iii) para neutralizar o erradicar una práctica o hábito colectivo (que no llega a ser una institución informal) que se considera disvalioso o disfuncional a una o más normas jurídicas; iv) para fortalecer una práctica o hábito colectivo que se considera valioso o funcional a una o más normas jurídicas; o para v) regular un ámbito, actividad o solucionar un problema que no está vinculado con la presencia previa de instituciones informales o hábitos colectivos; y, finalmente, para vi) prevenir una situación que se vislumbra como disvaliosa que aún no ha ocurrido pero que se puede predecir con cierto grado de razonabilidad que se producirá inmediata o mediatamente. Esta previsión de situaciones futuras puede sustentarse en la presencia de instituciones informales u otras prácticas sociales, o en factores objetivos que no se vinculan con ellas (como, p. ej., la previsión de que debido al cambio climático se prevén en el futuro mayores lluvias y es necesario construir mecanismos de prevención de las inundaciones).

En los casos i), ii), iii), iv) y cuando así lo amerite el caso vi), el legislador debería intentar conocer con la mayor precisión posible cuáles son y cómo funcionan las instituciones informales preexistentes. Entre otras cosas, el legislador debería intentar determinar y argumentar sobre lo siguiente: cuál es la razón de ser de esa norma social (p. ej., no será la misma solución si la institución informal tiene origen en un tema económico, religioso, una creencia fáctica o puramente social)[24]; cuáles son las sanciones

[23] Como sostuvo Guillermo O'DONNELL, un golpe de estado difícilmente se detenga con un artículo de la Constitución (PRZEWORSKi, 2004: 166).

[24] Por ejemplo, en los países donde existe la problemática del fomento del casamiento de niñas preadolescentes las razones para esta institución informal pueden ser económicas, ya que se trata generalmente

más habituales frente a su incumplimiento; qué grupo se ve beneficiado por la existencia de la institución informal y qué se puede hacer para compensar la futura pérdida de beneficios; qué grupo de sujetos destinatarios de la norma (o no) puede intentar resistir el cumplimiento de la norma formal y qué capacidad de organización tienen; qué grupo de sujetos destinatarios de la norma (o no) pueden promover el cumplimiento de la norma formal y qué capacidad de organización tienen; qué capacidad de organización tienen los «demandantes» de la norma para promover su cumplimiento y evitar el triunfo de las normas sociales preexistentes.

Asimismo, los legisladores deberían poder anticipar y argumentar, aunque sea de manera imperfecta y/o imprecisa, qué normas sociales inexistentes previamente podrían generarse a raíz de una nueva norma (lo que he llamado anteriormente normas sociales endógenas a una norma formal).

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRON, C., y BULYGIN, E. M, 1991: *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 1997: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México: Distribuciones Fontamara.

ALDASHEV, G.; CHAARA, I.; PLATTEAU, J. P., y WAHHAJ, Z., 2012: «Using the Law to Change the Custom», *Journal of Development Economics,* 97 (2): 182-200.

ATIENZA, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.

BAYÓN, J. C., 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BICCHIERI, C., 2006: *The Grammar of Society, The Nature of Dynamics of Social Norms*, New York: Cambridge University Press.

— 2017: *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure and Change Social Norms*, New York: Oxford University Press.

BRIGAGLIA, M, 2017: «Genealogia della normatività. Sulla psicologia del giudizio normativo». Sin publicar. Trabajo presentado en el XXIII Congreso Ítalo-Español-Francés-Luso de Teoría del Derecho, Palermo, 20-21 de octubre de 2017.

BULYGIN, E., y MENDONCA, D., 2005: *Normas y sistemas normativos*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

CAO, L., 2007: «Culture Change», *Virginia Journal of International Law,* 357.

CARACCIOLO, R., 1997: «Existencia de Normas», *Isonomía,* 7: 159-178.

CELANO, B., y BRIGAGLIA, M., 2016:. «Reasons, rules, exceptions: towards a psychological account». Sin publicar. Trabajo presentado en el *workshop* sobre «Reason(s) in Law», Universidad de Génova, 5 y 6 de diciembre de 2016.

CHANG, H.-J., y EVANS, P., 2007: «El papel de las instituciones en el cambio económico», en P. EVANS, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá: ILSA.

DURKHEIM, É., 1950: *The Rules of Sociological Method*, Glencoe, Illinois.

---

de áreas donde el trabajo para las mujeres escasea y con el casamiento temprano hay un miembro menos de la familia para alimentar; religiosas, pues con el casamiento prematuro se asegura la castidad hasta la llegada del matrimonio; puramente sociales, pues de este modo se promueve una entrada temprana en la actividad de ama de casa de la mujer o se evitan los estigmas que recaen en ciertas áreas sobre las mujeres que contrajeron matrimonio luego de la pubertad (por todos estos casos *vid.* BICCHIERI, 2017: 4-5).

DWORKIN, R., 1986: *A Matter of Principles*, Oxford: Clarendon Press.

ELSTER, J., 1989: «Social Norms and Economic Theory», *Journal of Economic Perspectives,* 3 (4), 99-117.

FRIEDMAN, L., 1975: *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation.

HARRISON, L., y HUNTINGTON, S. (eds.), 2000: *Culture Matters*, New York: Basic Books.

HART, H. L. A., 1961 (1998): *El concepto de Derecho*. Trad. de G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

— 1994: *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

HELMKE, G., y STEPHAN, L., 2004: «Informal Institutions and comparative politics: a research agenda», *Perspectives on Politics* (American Political Science Asociation), 2 (4).

— 2006: *Informal Institutions and Democracy,* Baltimore: John Hopkins University Press.

HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel Derecho.

HOBSBAWM, E., y RENGER, T. (eds.), 1983: *The Invention of Tradition,* Cambridge: Cambridge University Press.

HUNTINGTON, S., 2005: *Who Are We?,* New York-London: Simon and Schuster.

KAGAN, R., y SKOLNICK, J., 1993: «Banning Smoking: Compliance Without Enforcement», en RABIN y STEPHEN (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*, Sugarman, Oxford: Oxford, 69-92.

KELSEN, H., 1979: *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª ed. Trad. de R. Vernengo, México DF: UNAM.

KINZIG, A. *et al.*, 2013: «Social Norms and Global Environmental Challenges: The Complex Interaction of Behaviours», *Values and Policies,* 63 (3): 164-175.

LESSIG, L., 1995: «The Regulation of Social Meaning», *The University of Chicago Law Review,* 3 (62): 943-1045.

MAHONEY, J., y THELEN, K., 2010: *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency and Power*, Cambridge: Cambridge University Press.

NAVARRO, P., 1990: *La eficacia del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

NAVARRO, P., y MORESO, J. J., 1996: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía*, 5: 119-139.

NINO, C., 1985: *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea.

NORTH, D., 1991: «Institutions», *The Journal of Economic Perspectives,* 5 (1): 97-112.

— 1992: «Institutions, Ideology, and Economic Performance», *Cato Journal,* 11: 477-487.

— 1995: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica.

— 2005: *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

NORTH, D.; WALLIS, J. J.; WEBB, S., y WEINGAST, B., 2007: *Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development,* Washington: Banco Mundial.

NORTH, D.; WALLIS, J. J., y WEINGAST, B., 2009: *Violence and Social Orders A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, New York: Cambridge University Press.

OCDE, 2014: Social Institutions and Gender Index.

O'DONNELL, G., 2006: «On informal institutions. Once again», en G. HELMKE y S. LEVITSKY, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 285-289.

ORFIELD, G., 2001: *Schools More Separate: Consequences of a Decade of Resegregation,* Cambridge, Massachussetts: The Civil Rights Project of Harvard University.

OSTROM, E., 2000: «Collective Action and Evolution of Social Norms», *The Journal of Economic Perspectives,* 14 (3).

PARSONS, T., 1937 (1968): *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*, New York-London: Free Press.

PINO, G., 2013: «Norma giuridica», en G. PINO, A. SCHIAVELLO y V. VILLA (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino: Giappichelli, 144-183.

POSTEMA, G., 2012: «Conformidad, costumbre y congruencia: repensando la eficacia del Derecho», en M. KRAMER, C. GRANT, B. COLBURN y A. HATZISTAVROU (comps.), *El legado de H. L. A. Hart,* Madrid: Marcial Pons, 79-104.

PRZEWORSKI, A., 2004: «The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Economic Development?», *Archives of European Sociology,* XVI: 168-199.

RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.

RAZ, J., 1985: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México: UNAM.

REARDON, S., 2014: «60 Years After Brown: Trends and Consequences of School Segregation», *Annual Review of Sociology,* 40: 199-218.

SCHAUER, F., 2015: *Fuerza de Ley,* Lima: Palestra.

SEN, A., 2000: *Desarrollo y Libertad*. Madrid: Planeta.

— 2006: «What is the role of Legal and Judicial Reform in the Development Process?»,*World Bank Law, Equity and Development*, Washington: World Bank, 33-49.

— 2009: *The Idea of Justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

SHAPIRO, S., 2011: *Legality*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

SUNSTEIN, C., 2013: *Simpler. The Future of Government*, New York: Simons and Schuster.

THALER, R., y SUNSTEIN, C., 2009: *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness,* New York: Penguin Books.

TUZET, G., 2016: «Effettività, Efficacia, Efficienza», *Materiali per una storia della cultura giuridica,* XLVI, 1, 207-223.

VON WRIGHT, G., 1970: *Norma y acción: una investigación lógica,* Madrid: Tecnos.

WAYLEN, G., 2014: «Informal Institutions, Institutional Change and Gender Equality», *Political Research Quarterly,* 67, 1, 212-223.

WILLIAMSON, C., 2009: «Informal Institutions Rule: institutional arrangements and economic performance», *Public Choice,* 371-387.

WOOZLEY, A. D., 1967: «The Existence of Rules», *Nous,* 1, 1, 63-79.

YOUNG LIVES AND NATIONAL COMMISSION FOR PROTECTION OF CHILD RIGHTS, 2017: *A Statistical Analysis of Child Marriage in India base on Census 2011.*

YOUNG, P., 2008: «Social Norms», en S. DURLAUF y L. BLUME, *The New Palgrave Dictionary of Economics,* New York: Macmillan.

SOBRE EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO *

Francesca Poggi **

Università degli Studi di Milano
francesca.poggi@unimi.it

RESUMEN. Este ensayo analiza el concepto de violencia de género, distinguiendo cuatro distintos sentidos y examinando su utilidad para el derecho y, en particular, sus posibles usos por parte de la legislación —es decir, la posibilidad de promulgar normas jurídicas específicas que hagan uso de ese concepto o tengan por objeto sancionar o prevenir las conductas que designa— y su potencial para la teoría del derecho —es decir, la posibilidad de utilizar este concepto de manera provechosa en el análisis del derecho vigente—.

Palabras clave: violencia de género, género, violencia, Convenio de Estambul, estereotipos de género.

The Concept of gender violence and its legal relevance

ABSTRACT. This essay examines the concept of gender violence, distinguishing between four different meanings of this expression and examining the legal usefulness of each one of them, and, in particular, its possible use within the sources of law —that is, the possibility of promulgating legal provisions that employ it or aim to sanction or prevent the behaviours it designates— and its potentials for legal theory —that is, the possibility of employing this concept profitably in the analysis of the law in force—.

Keywords: gender violence, violence, gender, Istanbul Convention, gender stereotypes.

---

* Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2018. Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2018.

** *Agradecimientos*: una primera versión de este trabajo fue presentada en un seminario organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona. Agradezco a quienes participaron en el debate sus críticas y sugerencias y, en particular, a Diego Dei Vecchi, Jordi Ferrer Beltràn, Diego Papayannis, Esteban Pereira Fredes y Carmen Vázquez Rojas. También agradezco por sus valiosas observaciones críticas a Federico José Arena, Pablo de Lora, Isabel Fanlo Cortés y Raymundo Gama. Un agradecimiento especial a Pablo Moreno Cruz y a Isabel Lifante por haber revisado este texto.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.12

1. INTRODUCCIÓN

La noción de «violencia de género» es empleada con frecuencia en una multitud de estudios sociológicos, jurídicos y antropológicos, sobre todo de matriz feminista. Esta noción se encuentra también transpuesta —y a veces redefinida— en declaraciones y convenciones internacionales. En particular, en la *General Recomendation No. 19 on violence against women* (GR 19) de 1992, emitida de conformidad con el Article 21 de la CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, adoptada por las Naciones Unidas en 1979); en la DEVAW (*Declaration on the Elimination of Violence against Women*), adoptada por las Naciones Unidas en 1993; en la Declaración de Beijing (adoptada por el cuarto congreso mundial sobre la mujer de las Naciones Unidas en 1994); a nivel regional, en la Convención de Belém do Pará (*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* de 1994), en el Protocolo de Maputo (*Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa*, 2004) y, en fin, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, mejor conocido como Convenio de Estambul.

A pesar de su amplio uso, esta noción está lejos de ser precisa e inequívoca: a menudo en la literatura se la ha confiado a un entendimiento casi intuitivo y/o se la ha caracterizado en términos fuertemente político-ideológicos, sin preocuparse por su claridad conceptual. Como veremos en detalle, tampoco las redefiniciones expresadas por fuentes internacionales son satisfactorias.

En este ensayo me propongo analizar el concepto de violencia de género, examinando su utilidad para el derecho y, en particular, sus posibles usos por parte de la legislación —es decir, la posibilidad de promulgar normas jurídicas específicas que hagan uso de ese concepto o tengan por objeto el de sancionar o prevenir las conductas que designa— y su potencial para la teoría del derecho —es decir, la posibilidad de utilizar este concepto de manera provechosa en el análisis del derecho vigente—. Procederé de la siguiente manera: analizaré brevemente los conceptos de género (§ 2) y de violencia (§ 3), luego exploraré los posibles significados de la noción de violencia de género (§ 4), y, para cada uno de los significados aislados, analizaré su utilidad jurídica, en el doble sentido ante remarcado.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE GÉNERO

El uso del término «género» se ha difundido en los movimientos feministas, a partir de los años sesenta, sobre todo como oposición paradigmática a «sexo»: según este uso, mientras que «sexo» expresa un concepto biológico, «género» expresa un concepto cultural, histórico y social. «Sexo» es un término usado para designar a machos y hembras según factores físicos, biológicos (cromosomas, órganos sexuales, gametos, hormonas, etc.); «género» es un término utilizado para designar a hombres y mujeres basándose en características sociales, espaciales y temporales. La distinción entre sexo y género se ha elaborado precisamente para distinguir lo que es biológico y, en este

sentido, natural, fijo, de lo que es social y, por tanto, cambiante: para explicar la transexualidad (donde el sexo y el género no coincidirían)[1] y, sobre todo, para contrarrestar algunas formas de determinismo biológico[2].

La palabra «género» entonces designa «una categoría social impuesta sobre cuerpos sexuados»[3]: un conjunto de creencias, expectativas, roles sociales, posiciones, tendencias, actitudes, gustos, que están socialmente asociados con uno u otro sexo (o, mejor, con el parecer como pertenecientes a un sexo u otro). En términos más breves, «género» es un conjunto de estereotipos asociado con la apariencia sexual masculina o femenina. De hecho, el estereotipo se define generalmente como un conjunto de creencias, expectativas y prejuicios sobre los roles y posiciones sociales, actitudes, tendencias, gustos de quienes pertenecen a un grupo por el solo hecho de pertenecer a tal grupo.

El hecho de que el género designe un conjunto de estereotipos no implica que el género no sea verdadero (o, mejor dicho, no implica que las creencias, las expectativas, etc., en las cuales el género consiste no sean verdaderas). Muchos estereotipos son, en un sentido, verdaderos. A este respecto se distingue entre estereotipos con o sin base estadística[4]. Los estereotipos sin base estadística son, simplemente, los estereotipos falsos. Los estereotipos con base estadística asocian a los miembros de un grupo una propiedad que realmente poseen: esto no significa que la mayoría de los miembros del grupo posean esa propiedad, sino que ser miembro de ese grupo y no de otro hace que la posesión de esa propiedad sea más probable. Por ejemplo, es un estereotipo que a las niñas les gusta el color rosa: si este estereotipo tiene base estadística se sigue, no que a la mayoría (es decir, al 50 por 100 + *n*) de las niñas le gusta el rosa, sino que, si alguien es una niña, entonces es más probable que le guste el rosa que si es un niño o una mujer o un hombre. Este estereotipo sería, en este sentido, verdadero, también si solo al 30 por 100 de las niñas le gusta el rosa si, por ejemplo, el rosa le gusta solo al 20 por 100 de las mujeres, al 26 por 100 de los niños y al 23 por 100 de los hombres.

Los estereotipos con base estadística desempeñan un papel epistémico importante en nuestras interacciones sociales: son mecanismos indispensables para formarnos expectativas sobre personas con las cuales nos relacionamos y sobre las cuales tenemos poca información personal[5]. En términos más exactos, los estereotipos con base estadística desempeñan un papel epistémico importante cuando son empleados en función predictiva: a este respecto podemos distinguir un uso predictivo[6] y un uso normativo

---

[1] *Vid.* STOLLER, 1968.

[2] *Vid.* SCOTT, 1986: 1053 y ss.; MIKKOLA, 2012: § 1.1.

[3] «A social category imposed on a sexed body»: SCOTT, 1986: 1056.

[4] Cfr., por ejemplo, SCHAUER, 2003; APPIAH, 2005; ARENA, 2017a.

[5] ARENA, 2017a: 383 y ss.

[6] En literatura se habla de «estereotipos descriptivos» o «propiedades descriptivas» o «uso descriptivo» de estereotipos (cfr., *ex multiis*, GLICK y FISK, 1999; SCHAUER, 2003; RUDMAN y GLICK, 2008: 105 y ss.; ARENA, 2017a; ARENA, 2017b): sin embargo, prefiero la expresión «uso predictivo de estereotipos», primero, porque es el mismo estereotipo el que puede ser empleado de manera distinta (no hay distintas propiedades o distintos estereotipos, sino distintos usos de las mismas expectativas, creencias, etc., que, algunas veces, son empleadas para formular previsiones y, otras, como base de juicios de valor), y segundo, porque hablar de «predicción», en lugar de «descripción», subraya el hecho de que, cuando de un estereotipo sobre una clase se deduce una aserción acerca de un individuo, un miembro de esa clase, esta aserción puede correctamente expresarse solo en términos de probabilidad, posibilidad.

de los estereotipos (de todos los estereotipos, con o sin base estadística). Un estereotipo se usa predictivamente cuando se emplea para formular previsiones, expectativas, creencias, etc., sobre otras personas; un estereotipo se usa normativamente cuando se emplea para imponer a (exigir de) otros la adherencia a este estereotipo o para evaluar como justa y correcta la adherencia al estereotipo y como injusta o incorrecta la no adherencia. En atención al anterior ejemplo, el estereotipo según el cual a las niñas les gusta el rosa, es empleado predictivamente cuando forma la base de la creencia o expectativa de que la camisa rosa complacerá a Francesca más que a su hermano; es empleado normativamente cuando forma la base del juicio de valor según el cual a Francesca debe gustarle la camisa rosa (o de aquel según el cual está bien que a Francesca le guste, o está mal que no le guste, la camisa rosa).

La relación entre uso predictivo y uso normativo de los estereotipos es muy compleja y no puede ser analizada de forma adecuada en este trabajo. En términos generales, mientras que el uso normativo generalizado de cualquier estereotipo (con o sin base estadística) tiende a hacer que el estereotipo suceda (es decir, que los sujetos se ajusten a él), el uso predictivo generalizado tiende, no solo a autorrealizarse (es decir, a hacer que las predicciones sean verdaderas), según el bien conocido mecanismo de la profecía autocumplida (MERTON, 1948)[7], sino, algunas veces, por complicados mecanismos psicológico-sociales de adaptación, a favorecer juicios positivos sobre aquellos que se ajustan al estereotipo y juicios negativos contra aquellos que no se ajustan a él, por ejemplo, sugiriendo que, dado que un individuo, aunque pertenece a un grupo dado, no posee la propiedad asociada con ese grupo, entonces no es un buen exponente del grupo mismo.

Lo que aquí interesa destacar es que los estereotipos en general y los estereotipos de género en particular son a menudo (si no siempre) internalizados por los sujetos, percibidos como elementos de identidades individuales y colectivas. Esto explica por qué frente a los estereotipos de género se pueden asumir básicamente dos actitudes, presentes en la literatura: se puede considerar estos estereotipos como una imposición heteronormativa y aspirar a crear una sociedad «sin género [...] en la cual la anatomía social es irrelevante para establecer quiénes somos, qué hacemos y con quiénes nos acostamos»[8] o se pueden ver como elementos positivos de identidad que deben ser valorizados y preservados[9]. Si la primera actitud subraya más la matriz social de los estereotipos de género y lucha contra los mismos, la segunda parece respaldarlos y puede facilitar una ocultación de la variabilidad social de los estereotipos de género.

En otras palabras, y tomando en consideración la segunda actitud, si se considera que el género o, más bien, lo que hemos llamado estereotipos de género, definen la identidad femenina, entonces son algo común a todas las mujeres, algo constante y no variable, y, en consecuencia, pueden ser entendidos como algo inmutable, natural y no determinado socialmente. No es difícil, por tanto, entender por qué ciertas posiciones

[7] Para una discusión reciente sobre este tema *vid.* TAPPIN, MCKAY y ABRAMS, 2017.

[8] RUBIN, 1975: 204.

[9] Esta actitud distingue sobre todo al feminismo de la diferencia: *vid.,* por ejemplo, GILLIGAN, 1982; TRONTO, 1989; MCLAREN, 2001.

feministas han sido acusadas de «realismo de género»[10], es decir, de haber hipostasiado erróneamente el género, concibiéndolo como un objeto existente, una entidad[11]. Según sus críticos, insistir en la existencia de diferencias fijas, afirmadas como universales, entre géneros, reproduce una idea de determinismo y configura la oposición entre géneros como universal y ahistórica, sin cuestionar su naturaleza binaria (el hecho de que los géneros son siempre dos), impidiendo así que se puedan tomar en cuenta los diferentes estereotipos sociales, culturales y políticos que afectan a mujeres reales, con el efecto de reforzar los usos normativos de los estereotipos de género, que imponen cómo debe ser la identidad femenina[12].

Si quien identifica el género con (un conjunto de) elemento(s) que definen la identidad masculina y femenina corren el riesgo de abrazar el realismo de género, quien adopta la primera actitud, es decir, subraya la raíz social de los estereotipos de género, se enfrenta con el problema opuesto: no terminar de definir el género masculino y femenino en términos unitarios. Si los estereotipos de género se construyen socialmente y son socialmente variables, ¿cómo se puede hablar de un género masculino y uno femenino? ¿Qué estereotipos tienen en común una niña de clase proletaria en Rajasthan, una adolescente de Nueva York y un ama de casa de Voghera? Sin embargo, renunciar al género femenino como una categoría unificada significa renunciar a la categoría de «mujer» y a la posibilidad de una lucha política contra la opresión de todas las mujeres[13].

Así, creo que dos de los mayores problemas actuales sobre el concepto de género son: i) el problema fáctico de establecer qué elementos dependen del sexo (de la biología) y cuáles del género (de la sociedad), y ii) el problema conceptual de esbozar un concepto unitario de género sin caer en el realismo[14]. Como veremos, ambos problemas se encuentran también en el debate sobre la violencia de género.

3. SOBRE EL CONCEPTO DE VIOLENCIA

La palabra «violencia» (como sus sinónimos en otros idiomas) tiene una connotación emocional desfavorable: inmediatamente transmite un juicio de valor negativo sobre lo que se califica como violento. Para que esta connotación negativa desaparezca o, al menos, disminuya, es necesario agregar adjetivos adicionales: «violencia legítima», «violencia necesaria», «violencia justificada», etc. Esto está vinculado a la tesis, apoyada por muchos, según la cual no hay actos que sean intrínsecamente violentos: la identificación cultural, social y legal de lo que es violencia, de los actos que cuentan

---

[10] Un enfoque realista que, a menudo, ha sido declinado como solipsismo blanco, en el sentido que ha identificado las características de los géneros masculino y femenino con los de los hombres y mujeres blancos de clase media en Europa occidental: cfr., sobre todo, SPELMAN, 1988.

[11] Como me han señalado Federico José ARENA y Raymundo GAMA, evaluar positivamente los estereotipos de género, concebir estos estereotipos como elementos definitorios de la identidad masculina y femenina, y abrazar el realismo de género son tres actitudes que no se implican mutuamente; sin embargo, presentan algunos rasgos en común y, de hecho, tienden a superponerse en la literatura.

[12] *Vid.*, por ejemplo, BUTLER, 1999[2]: 19-20; BUTLER, 1991: 150 y ss.

[13] Cfr., por ejemplo, STOLJAR, 1995: 261 y ss.; YOUNG, 1997; ALCOFF, 2006.

[14] Entre las propuestas más influyentes, cfr. STOLJAR, 1995: 261 y ss.; YOUNG, 1997: *passim*; HASLANGER, 2003: 4 y ss.; ALCOFF, 2006: *passim*; MUNRO, 2006: 2011.

como una manifestación de violencia, refleja el poder de los grupos sociales y económicos dominantes de imponer la propia perspectiva sobre lo que es o no es violento (y, entonces, malo). En la literatura existen diferentes nociones de violencia: en particular, podemos distinguir una noción restringida, una noción medianamente restringida, una noción moderada y una noción amplia de violencia.

La noción restringida identifica la violencia con la violencia física, es decir, con manifestación de la fuerza física.

La noción medianamente restringida, probablemente la más difundida en los ordenamientos jurídicos, limita la violencia a la fuerza física, pero equipara la violencia física con las amenazas como dos formas alternativas de llevar a cabo el delito, aunque normalmente toma en cuenta la menor gravedad de las amenazas en la cuantificación de la pena.

La noción moderada incluye violencia física, amenazas y otras formas de violencia verbal (como insultos repetidos y humillaciones que integran maltratos psicológicos).

Y finalmente, la noción amplia de violencia abarca todo lo que produce daños físicos y/o psicológicos y/o económicos (con el problema de establecer qué es un «daño»): incluye la violencia económica, es decir, el control y la limitación del acceso a, y/o de la gestión de, recursos como alimentos, dinero, joyas, medios de transporte y tiempo, y la violencia psicológica, que, a su vez, se puede expresar, por ejemplo, en violencia emocional (que consiste en repetidas ofensas y humillaciones), en aislamiento (a menudo acompañado de desinformación), en el uso de niños para controlar o castigar a la víctima. Sin embargo, esta lista debe considerarse ejemplificativa: lo que importa, según esta noción amplia, no es tanto las formas en que se ejerce la violencia, sino su efecto, el producir daño físico, psicológico o económico.

Nos podemos preguntar si estas diferentes nociones de «violencia» tienen algo en común; si, en otras palabras, son concepciones de un mismo concepto o conceptos distintos y no relacionados. A este respecto la distinción conceptos-concepciones puede ser entendida de maneras distintas. Por ejemplo, según el enfoque teleológico, diferentes concepciones son, para el mismo concepto, como diferentes modos de desempeñar el mismo papel[15]: si adoptamos este enfoque, podemos decir que el concepto de violencia desempeña el papel de condenar ciertas acciones u omisiones categorizándolas como las formas más serias de intrusión, de agresión, a otras personas. En cambio, de acuerdo con el enfoque semántico, «concepto» designa el núcleo de significado común a diferentes (re)definiciones del mismo término o sintagma: ¿Hay un núcleo de significado común a las diferentes nociones de violencia? Es decir, ¿las formas de intrusión, de agresión, a otras personas que estas nociones estigmatizan tienen algo en común? No es fácil responder a esta pregunta. Uno podría sentirse tentado a responder que lo que tienen en común es la producción de daño: sin embargo, el concepto de «daño» es muy discutido y no fácil de definir, las formas de daño (físico, económico, psicológico) en las cuales se concentran las diferentes nociones son extremadamente diferentes y en algunas formas de violencia que son incluidas en la noción restringida,

[15] Cfr. Lalumera, 2013; Poggi, 2017.

como golpes (sin lesiones personales) no parece que haya algún daño. Otra respuesta común subraya cómo todas las formas de violencia afectan la autodeterminación del sujeto pasivo, en el sentido de que la excluye o la disminuye en relación con acciones u omisiones individuales o con una pluralidad de conductas: la intrusión en la capacidad de autodeterminación puede ser más o menos fuerte (p. ej., es muy fuerte en la violencia sexual, menos en las amenazas que no se refieren a la integridad física de nadie). Contra esta solución se puede objetar que precisamente las formas más tradicionales de violencia, aquellas incluidas en la noción restringida, piensen en un golpe o un empujón, no parecen afectar significativamente la autodeterminación, sino que afectan principalmente la integridad física. Además, puesto que hay muchas formas de limitar la capacidad de autodeterminación de los otros que no parecen constituir formas de violencia (piénsese en la manipulación, la sugestión, etc.), esta respuesta no parece suficiente.

Claramente, las dos respuestas consideradas anteriormente —así como cualquier definición de violencia— también plantean el problema de distinguir entre violencia condenable y violencia (en algún sentido) legítima: ¿la orden de una autoridad se distingue de la amenaza del bandido solo en virtud de estar autorizado por una norma jurídica válida, que pertenece a un ordenamiento en su conjunto eficaz, como opina KELSEN, o existe una diferencia intrínseca, conceptual?

En filosofía política, una manera de formular este problema es investigar las relaciones entre la violencia y el concepto, igualmente oscuro, de poder. Mientras muchos autores asimilan la violencia y el poder, opinando que la violencia es una forma de manifestación del poder —la manifestación más flagrante del poder— o, más en línea con el pensamiento kelseniano, que el poder es una fuerza institucionalizada y calificada que, como tal, deja de ser llamada violencia[16], otros contrastan más claramente estas dos nociones. Por ejemplo, según la famosa tesis de ARENDT: «Los conceptos de poder y la violencia son opuestos; donde el uno gobierna absolutamente, el otro está ausente. La violencia aparece cuando el poder está en peligro, [...] la violencia puede destruir el poder, sin embargo es absolutamente incapaz de crearlo»[17]. Para el tema que aquí interesa, ARENDT opina que la violencia «se caracteriza por su naturaleza instrumental»[18]: mientras que el poder es un fin en sí mismo[19], la «violencia, siendo por su naturaleza instrumental, es racional en la medida en que es efectiva para alcanzar el fin que debe justificarla. Y, ya que cuando actuamos nunca podemos prever las posibles consecuencias de nuestras acciones, entonces la violencia es racional solo si persigue objetivos a corto plazo»[20]. Desafortunadamente, ARENDT no proporciona una definición precisa de violencia: parece, sin embargo, que la noción amplia cae fuera de su análisis. La

---

[16] En este sentido cfr. PASSERIN D'ENTRÈVES, 1967: 64 y ss., y 105.

[17] *«Power and violence are opposite; where the one rules absolutely, the other is absent. Violence appears where power is in jeopardy, but left to its own course it ends in power disappearance [...] Violence can destroy power, it is utterly incapable of creating it»* (ARENDT, 1970: 56). Para un reciente análisis de las tesis de ARENDT *vid.* HERZOG, 2017.

[18] ARENDT, 1970: 46.

[19] *Vid.* ARENDT, 1970: 52: *«Power needs not justification, being inherent in the very existence of the political communities, what it does need is legitimacy».*

[20] *«[v]iolence, being instrumental in its nature, is rational to the extent that it is effective in reaching the end that must justifying it. And since when we act we never know with any certainty the eventual consequences of what we are doing, violence can remain rational only if it pursues short-term goals»* (ARENDT, 1970: 79).

violencia psicológica, especialmente la violencia emocional, no es capaz de perseguir eficazmente solo objetivos a corto plazo: por el contrario, puede coaccionar profundamente la voluntad de las víctimas[21].

Un análisis más claro de las relaciones entre el poder y la violencia se encuentra en WEBER[22]. Según WEBER, «poder» (*Herrscaft*) designa la posibilidad para órdenes específicas (o para cualquier orden) de encontrar la obediencia de un grupo particular de hombres[23]; la obediencia indica, a su vez, que la acción de la persona obediente tiene lugar esencialmente como si ella, por su propia voluntad, hubiera asumido el contenido de la orden por su propia actitud, y esto solo por la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la opinión sobre el valor de la orden como tal[24]: en cada relación de poder hay un mínimo de disposición a obedecer, es decir, un interés (interno o externo) en la obediencia[25]. Por otro lado, la fuerza (*Macht*) designa cualquier posibilidad de afirmar la propia voluntad dentro de una relación social, incluso frente a una oposición, cualquiera que sea la base de esta posibilidad[26]. Por tanto, si asimilamos violencia y *Macht*, las características distintivas de la violencia parecen ser la existencia de una relación social y la ausencia de una voluntad de obedecer, la ausencia de obediencia genuina. El análisis de WEBER es muy interesante y muy complejo: aquí basta señalar que del concepto de fuerza (*Macht*) parecen quedar excluidas las manifestaciones de violencia que caen dentro de la noción restringida cuando no están dirigidas a hacer que alguien haga u omita algo, sino solo a causar daño físico. En estos casos no parece correcto decir que el agente quiere afirmar la propia voluntad: el agente quiere solo afirmarse a sí mismo, o, dicho sin metáforas, dañar físicamente a otro sujeto.

La discusión anterior es necesariamente sumaria e incompleta; sin embargo, muestra lo difícil que es trazar un concepto unitario de violencia, y esto confirma que, como hemos dicho, no hay actos intrínsecamente violentos, sino solo juicios de valor contra ciertos actos. En particular, parecen surgir dos distinciones conceptuales: por un lado, entre aquellos actos que atacan principalmente la integridad física y aquellos actos que afectan principalmente la autodeterminación, y, por el otro, entre aquellos actos destinados a hacer que alguien haga u omita algo (llegando incluso a sancionar conductas pasadas para que no se repitan) y aquellos actos que van más allá de un propósito específico —porque, por ser habituales, tienden a coaccionar la voluntad del sujeto pasivo de una manera más radical, o porque solo apuntan a causar daño físico—.

---

[21] El análisis de ARENDT también parece contrastar con el modelo de explicación causal de la violencia masculina contra las mujeres que la considera como una manifestación normal del poder patriarcal: como una herramienta para consolidar expectativas de género consideradas legítimas por el poder patriarcal dominante. Para este modelo la violencia tiene un carácter instrumental, que, sin embargo, no persigue solo objetivos a corto plazo: por el contrario, independientemente de sus fines ocasionales, consolida a diario una estructura de poder (y, por tanto, no es opuesta al poder mismo, sino que es un instrumento constante de su mantenimiento).

[22] Agradezco a Isabel FANLO CORTÉS por esta indicación.

[23] Cfr. WEBER, 1995: 207.

[24] *Ibid.,* 209.

[25] *Ibid.,* 207.

[26] *Ibid.,* 51.

4. VIOLENCIA DE GÉNERO

Ahora bien, ¿cuál es la relación entre género y violencia? ¿En qué sentido un acto de violencia (en una de las nociones antes analizadas) puede ser considerado «de género»?

Como ya se mencionó, en la literatura no encontramos una noción unitaria y clara de violencia de género. De acuerdo con una de las definiciones más difundidas, la violencia de género es la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de ser mujer. ¿Pero qué significa? Esta definición configura la violencia de género como unidireccional (solo contra las mujeres), neutral con respecto a los autores (parece que pueden serlo también mujeres) y sobre todo no es muy clara: ¿qué significa que una persona es víctima de violencia solo porque es una mujer? Como veremos más adelante (§ 4.3.1), no hay crímenes de los cuales solo las mujeres sean víctimas[27]. En efecto, muchas veces esta definición se integra especificando que la violencia de género es la que afecta a las mujeres desproporcionadamente (§ 4.3.1). Así, por ejemplo, la *General Recomendation No. 19 on violence against women* (GR 19), en el punto 6, y la Convención de Estambul, en el art. 3.*d)*, definen *«gender-based violence against women»* como *«violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately»*[28]. Sin embargo, en esta y en muchas otras definiciones, el criterio de la desproporcionalidad (que voy a llamar cuantitativo) es alternativo y no sustitutivo del criterio de que la violencia sea dirigida contra una mujer solo porque es mujer: el primero no aclara el segundo, abre dudas sobre si podemos (o por qué no podemos) hablar de violencia de género contra los hombres (que, como veremos, se ven afectados de manera desproporcionada por ciertas formas de violencia) y no aclara el vínculo entre el sexo de las víctimas (el ser «mujer») y el género (es decir, los estereotipos de género).

La aclaración, frecuente tanto en la literatura como en la normativa internacional (y en ocasiones nacional)[29], según la cual la violencia de género es una violación de los derechos humanos y/o de la dignidad de las mujeres no es particularmente útil: cualquier forma de violencia, ejercida por cualquiera y contra cualquier persona, viola los derechos humanos y la dignidad (en cualquier sentido la entendamos) de los que la sufren.

A este respecto, muchos autores han descartado que la violencia esté conectada al género (y no simplemente al sexo) porque es expresión de, e instrumento para, man-

---

[27] Con la obvia excepción de aquellos crímenes que necesariamente, ontológicamente, presuponen el sexo femenino de la víctima, como el aborto producido sobre una mujer sin su consentimiento. Agradezco a Pablo DE LORA por señalarme este punto.

[28] En cuanto a las otras convenciones internacionales, es interesante observar que la DEVAW, la Declaración de Beijing y la Convención de Belém do Pará usan las expresiones *«gender-based violence»* o «acción o conducta, basada en su género», sin definirlas. Lo mismo ocurre con el protocolo de Maputo, donde la expresión *«gender-based violence against women»* aparece solo en el preámbulo, mientras que en el texto se usa la expresión *«violence against women».*

[29] Por ejemplo, la Ley española 13/2007, de 26 de noviembre, Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, define el concepto de violencia de género como: «Toda conducta que atenta contra la dignidad e integridad física y moral de las mujeres *por el hecho de serlo*, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

tener la discriminación, la opresión, la dominación de los hombres contra las mujeres: «Violencia de género es la expresión general empleada para capturar la violencia que se produce como resultado de expectativas normativas sobre los roles asociados con cada género, junto con las relaciones desiguales de poder entre los dos géneros, en una sociedad específica»[30]. Como veremos más adelante (§ 4.3.2), este enfoque, que configura la violencia de género como doblemente unidireccional, respecto a los autores (solo hombres) y a las víctimas (solo mujeres), corre sin embargo el riesgo de ampliar demasiado la noción, haciéndola incapaz de distinguirla de la más general categoría de la violencia masculina contra mujeres, al menos si no especificamos en qué sentido la violencia es «el resultado de expectativas normativas sobre los roles asociados con cada género, junto con las relaciones desiguales de poder entre los dos géneros». No es sorprendente, entonces, que algunos autores limiten, más o menos explícitamente, la violencia de género a la violencia afectiva, la Ipv (*Intimate partner violence*)[31], es decir la violencia que tiene lugar en las relaciones afectivas o entre exparejas: un ámbito en el cual las relaciones de poder entre hombres y mujeres y su adecuación a estereotipos normativos de género son más evidentes. Por el contrario, hay algunas definiciones que simplemente identifican la violencia de género como «aquel tipo de violencia que un género o sexo ejerce sobre el otro, es decir, la acción violenta de un hombre a una mujer, o viceversa»[32].

En resumen, me parece que el principal problema conceptual es identificar el sentido en que la violencia se asocia con (es motivada por) el género y, por tanto, especificar en qué consiste tal violencia, quiénes pueden ser los autores y las víctimas. Para tratar de solucionarlo en los párrafos siguientes distinguiré cuatro diferentes sentidos de la violencia de género, que son las respectivas formas en que un acto violento puede asociarse con estereotipos de género. Para cada uno voy a discutir su utilidad para el derecho positivo y la teoría del derecho.

4.1. La violencia como estereotipo de género

En un primer sentido la violencia puede decirse de género porque es un estereotipo de género: la violencia es *gendered, generizada*, es decir, la violencia exhibe diferentes modelos entre hombres y mujeres y está fuertemente asociada con la masculinidad[33]. En términos más precisos, la actitud hacia la violencia es un estereotipo de género con base estadística[34]: que los hombres cometan muchos más crímenes violentos que las mujeres, y de un tipo más serio, constituye uno de los datos más pacíficos de la criminología[35].

---

[30] *«Gendered-based violence (GBV) is the general term used to capture violence that occurs as a result of a normative role expectation associated with each gender, along with the unequal power relationships between the two genders, within the context of a specific society»*: S. S. Bloom, 2008: 14.

[31] Cfr. recientemente, Giomi y Magaraggia, 2017 y, para una crítica a estos tipos de identificación, Martín Sánchez, 2015.

[32] Definición *ABC, https://www.definicionabc.com/social/violencia-de-genero.php.*

[33] Cfr., por ejemplo, Hatty, 2000.

[34] Obviamente, las estadísticas registran el sexo de los autores de la violencia (y no su género): sin embargo, estos datos estadísticos se interpretan, en la literatura, a la luz del género. En otras palabras, estos datos se explican (parcialmente), suponiendo que hay un estereotipo asociado con el sexo masculino.

[35] Heidensohn y Silvestri, 2012: 336.

Así, por ejemplo, en Italia, entre los años 2007 y 2014, la proporción entre hombres y mujeres fue de 15:1 entre los autores de homicidio voluntario, de 17:1 entre los autores de intento de homicidio, de 27:1 entre los autores de asesinato en la forma de masacre (*strage*), de 41:1 entre los autores de violencia sexual[36]. Según la encuesta Eures[37], en Italia, en el año 2013, los hombres fueron el 93 por 100 de los autores de homicidio voluntario. Estos datos son estables en el tiempo y en línea con los de otros países europeos y, en general, de los países desarrollados. Así, según una investigación promovida por la Unesco, en Europa, Australia y Estados Unidos el 85 por 100 de los crímenes violentos son cometidos por hombres[38] y, según otra encuesta, que analiza los datos del año 2012, «cerca de 95 por 100 de los homicidas a nivel global son hombres, un porcentaje más o menos constante de país a país y entre regiones, independientemente de la tipología de homicidio o el arma empleada»[39].

Como hemos dicho, decir que el estereotipo de género que asocia masculinidad y violencia tiene base estadística no significa que todos los hombres sean violentos y ninguna mujer lo sea: solo implica que el hecho de ser hombre y no mujer hace más probable una actitud violenta[40] y que, por tanto, este estereotipo puede ser empleado predictivamente (es decir, si es empleado predictivamente, tiene buenas probabilidades de dar lugar a predicciones verdaderas). Pero siempre se trata de probabilidades: no hay crímenes violentos de los cuales no sean autoras también las mujeres y, más bien, hay un crimen violento que las mujeres cometen mucho más a menudo: el infanticidio. Entonces, a pesar de que en general es verdadero que los hombres cometen más crímenes violentos, este estereotipo se vuelve falso cuando el crimen en cuestión es el infanticidio: aquí ocurre todo lo contrario[41].

Ahora bien, dejando a un lado el infanticidio, si nos preguntamos por qué el estereotipo que asocia masculinidad y violencia tiene base estadística, nos encontramos con muchos de los problemas que ya han surgido en la discusión sobre el concepto de género (§ 2). La mayoría de los autores señalan que la conexión entre violencia y masculinidad tiene una raíz social: en particular, en nuestras sociedades actuales, este estereotipo es empleado también normativamente, en el sentido de que no solo nos esperamos que los hombres y no las mujeres sean más violentos, que no teman a la violencia, sino que sean capaces de enfrentarla, que disfruten los deportes violentos, etc., sino que existe un modelo normativo de masculinidad y feminidad según el cual es bueno que los hombres sean violentos, se enfrenten a la violencia, etc., mientras que es malo que las mujeres muestren las mismas tendencias[42]. Este modelo está muy arraigado en las prácticas educativas, y se manifiesta en formas recurrentes de expresión

---

[36] *Vid.* la elaboración de datos ISTAT realizada por GIOMI y MAGARAGGIA, 2017: 120.

[37] EURES, 2014: 21.

[38] Cfr. BREINES, CONNELL y EIDE, 2000.

[39] UNODC, 2013: 3.

[40] Obviamente, el género no es el único predictor de violencia: las condiciones económicas y sociales juegan un papel importante.

[41] De acuerdo con datos ISTAT en Italia, entre los años 2007 y 2014, 27 infanticidios fueron cometidos por mujeres, en comparación con tres cometidos por hombres. El tema del infanticidio, de su causa y su relación con cuestiones de género es muy complejo y no será analizado aquí: *vid.*, por ejemplo, PORTER y GAVIN, 2010; SCOTT, 2014.

[42] El tema de la violencia femenina —una violencia que parece como «*doubly deviant*» (LLOYD, 1995), doblemente desviada, con respecto al derecho penal y a las normas de género— y el problema de la identifi-

—niños que no deben «actuar como mujercitas (o mariquitas)» y niñas que no deben «actuar como marimachos»— y está anclado en el modelo dominante de relaciones sentimentales, inspirado en el amor romántico[43], la gallardía y la caballerosidad[44]. Por otro lado, se puede señalar que, especialmente dentro del discurso no científico, hay tópicos, clichés y modelos de razonamiento que tienden a considerar la asociación entre violencia y masculinidad como algo biológico, vinculándolo, por ejemplo, a factores hormonales: muchas veces, este tipo de pensamiento justifica (aunque de manera falaz)[45] el estereotipo normativo vinculándolo a una supuesta realidad natural, con el efecto de normalizarlo. Aquí, entonces, vamos a encontrar de nuevo el problema de establecer qué características son biológicas y cuáles sociales, así como un aspecto particular del contraste entre quienes configuran el género como un producto social, socialmente variable, y quienes, en cambio, como un dato constante. El papel que esta noción puede jugar desde un enfoque, en sentido lato, jurídico, depende también de estas alternativas.

Si llegamos al acuerdo de que la asociación entre masculinidad y violencia es un producto social que puede ser subvertido, será posible emprender políticas públicas dirigidas en este sentido: en particular, campañas dirigidas a una mayor concienciación y educación contra el uso normativo del estereotipo que asocia la masculinidad y la violencia, así como reformas destinadas a garantizar una capacitación adecuada por parte de los educadores, especialmente aquellos que trabajan con niñas y niños pequeños. Si, por el contrario, se opina que la violencia masculina es algo natural (y/o bueno, justo), uno podría ser llevado a juzgarla con mayor clemencia, también desde un punto de vista jurídico. Sin embargo, en nuestros ordenamientos jurídicos han desaparecido (derogadas o declaradas inconstitucionales) muchas normas penales que sancionaban de manera más leve ciertas formas de violencia masculina (pensemos en el homicidio por honor), así como han sido abandonadas aquellas pautas jurisprudenciales que consideraron no punibles algunas formas de violencia masculina (piense en el *jus corrigendi* del padre de la familia respecto no solo a sus hijos, sino también a su mujer). No solo: según algunos estudios, el aparato judicial mostraría una actitud más indulgente no hacia los hombres, sino hacia las mujeres acusadas de crímenes violentos, siempre que no se desvíen demasiado de la conducta considerada apropiada para su género (especialmente con respecto a las preferencias sexuales)[46]. A pesar de esto, muchos autores han señalado que incluso hoy están en vigor normas penales, que, en cierto sentido, incorporan el modelo normativo violento de la masculinidad. Así, POZZOLO observa cómo la circunstancia eximente de la legítima defensa, que excusa una reacción violenta y enojada, asume como normal un modo de reacción que, en realidad, es típicamente masculino y está en línea con el modelo normativo del «verdadero» hombre como el que es capaz de reaccionar inmediatamente a una violencia de la misma manera[47]. Las

---

cación de sus causas son muy discutidos en la literatura: ADLER, 1975; SIMON, 1975; HAGAN *et al.*, 1987 y, más reciente, ENANDER, 2011; RINALDI y SAITTA, 2017; GIOMI y MAGARAGGIA, 2017.

[43] *Vid.* BOURDIEU, 1998.

[44] *Vid.* GOFFMAN, 1979.

[45] Este razonamiento es falaz si se acepta la Ley de Hume según la cual ninguna conclusión precriptiva puede obtenerse válidamente de un conjunto de premisas meramente descriptivas, ni viceversa.

[46] BARAK, LEIGHTON y FLAVIN, 2010; CURRY, 2014; ROMAIN y FREIBURGER, 2016.

[47] POZZOLO, 2015: 32.

mujeres, argumenta POZZOLO, frente a los actos de maltrato familiar, generalmente se comportan de manera diferente: «Reaccionan con un estado de terror y desesperación que puede durar un tiempo variable y que algunas veces termina en suicidio y otras veces en el asesinato de la pareja»[48].

A este respecto, también el hecho de que muchos ordenamientos jurídicos no sancionen muchos de los comportamientos que caen bajo la noción moderada y/o la noción amplia de violencia[49] podría leerse en relación con el modelo normativo de violencia: no solo la violencia física parece ser la más relacionada con el modelo dominante de la masculinidad, sino, como veremos más adelante, es también aquella que afecta sobre todo a los hombres (§ 4.3.2). Este es un tema demasiado complejo para ser abordado en este trabajo, pero seguramente el análisis de las normas jurídicas dirigido a resaltar el uso normativo de estereotipos es un tema central de las teorías críticas del derecho[50].

Ya en relación con los usos predictivos del estereotipo que asocia la masculinidad y la violencia, estos obviamente pueden dirigir las investigaciones criminales: frente a un asesinato es más probable que, *ceteris paribus*, el autor sea un hombre, así como el primer sospechoso de un infanticidio sea la madre. Más discutido es si tales estereotipos pueden ingresar al proceso como indicios.

Un ejemplo interesante ocurrió en el famoso caso *People of the State of California v. Orenthal James Simpson*. La acusación presentó como indicio de la culpabilidad del imputado (acusado de haber matado a su exesposa y a un amigo de ella) una larga y probada historia de abusos conyugales. Es decir, según la acusación, el hecho de que Simpson fuera violento hacía más probable que hubiese cometido el asesinato. Este razonamiento es correcto si lo entendemos en el sentido que el hecho de que Simpson fuera violento hizo más probable que hubiese cometido el asesinato *respecto*, no solo a una mujer, sino también a todos los hombres a quienes la actitud hacia la violencia no está probada. La defensa respondió que el hecho de que Simpson maltratara a su esposa no podía ser un indicio para el crimen de asesinato, porque, en Estados Unidos, alrededor de cuatro millones de mujeres son maltratadas cada año por maridos o amantes, pero, en el año 1993, solo 1.432 de ellas fueron asesinadas por maridos o amantes: no todos los maridos que golpean las esposas terminan asesinándolas. Es decir, según la defensa, como la mayoría de los hombres violentos no asesinan a sus esposas, el hecho de que Simpson tuviera una actitud hacia la violencia ya no hacía más probable que él hubiese asesinado a su esposa —más probable que si él no hubiese maltratado a su esposa—. El razonamiento de la defensa fue, sin embargo, falaz, porque el porcentaje que indica cuántos de los hombres que golpean a sus esposas y después las asesinan era irrelevante en este caso: en el proceso Simpson, la esposa había sido asesinada y, entonces, la probabilidad relevante era, más bien, la probabilidad de que un hombre asesine a su esposa en la hipótesis de que la había maltratado y que esta fue asesinada. Según PAULOS, hay hasta un 80 por 100 de probabilidades de que, si una mujer que sufrió violencia después ha sido asesinada,

[48] *Ibid.*; para una crítica, POGGI, 2016.

[49] Tampoco las estadísticas citadas, relacionadas con la mayor capacidad de los hombres para cometer crímenes violentos, se refieren a tales formas de violencia.

[50] *Vid.* los recientes ensayos recogidos en BERNARDINI y GIOLO, 2017.

el culpable sea su compañero (según GOOD y GIGERENZER hay ocho posibilidades de nueve)[51].

Este caso muestra, creo, los posibles usos procesales y los límites del uso predictivo del estereotipo en discusión. Al ser un estereotipo con una base estadística, puede, como cualquier otra estadística corroborada, ingresar al proceso, pero es siempre un indicio débil (no preciso y no grave)[52]. En particular, debe evitarse que el uso del estereotipo provoque una inversión de la carga de la prueba, que para la acusación pueda ser suficiente probar que la mayoría de los sujetos del grupo al que pertenece el/la acusado/a tienen un comportamiento determinado, dejando al imputado/a la carga de probar que él/ella no lo cumplió.

En resumen, en un primer sentido la violencia es de género porque hay, de hecho, una asociación entre violencia y género por la cual aquellos que pertenecen al género masculino están estadísticamente más inclinados a la violencia respeto de los miembros del género femenino. Este estereotipo con base estadística puede ser empleado predictivamente, pero, en nuestras sociedades, también es empleado normativamente. Esta noción tiene interés para muchas disciplinas, incluida la teoría del derecho. En primer lugar, es relevante para formular propuestas de política legislativa que busquen contrastar el uso normativo del estereotipo (y, así, volver falso su uso predictivo), tanto persiguiendo propósitos de concientización y reforma social como identificando y criticando las normas jurídicas y las pautas jurisprudenciales que eventualmente hagan uso de este estereotipo. En segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, es interesante examinar los usos predictivos del estereotipo en cuestión en las investigaciones criminales y en el proceso: a este respecto, los problemas que surgen son en su mayoría comunes a todos los estereotipos estadísticos y a muchas máximas de la experiencia. En cambio, es difícil suponer que este concepto pueda usarse directamente en la legislación, pueda ser mencionado, empleado, por alguna disposición jurídica (o en un preámbulo, una declaración de intenciones, etc.): es más bien un concepto que podría servir como un trasfondo, un presupuesto, de la actividad normativa.

4.2. La violencia motivada por cuestiones de género

En un segundo sentido, bastante difundido en la literatura, aunque rara vez tematizado de forma autónoma, por «violencia de género» puede entenderse la violencia motivada por, o dirigida a, imponer el cumplimiento de las expectativas, el respeto por las características (actitudes, roles, etc.), del género de pertenencia: la violencia contra aquellos que no se ajustan al género que pertenece a su sexo. Violencia contra transexuales u homosexuales, asesinatos o lesiones contra la chica que deshonra a la familia porque no cumple con los deberes de su género, e incluso también la niña que

[51] PAULOS, 1995; GOOD, 1996; GIGERENZER, 2002; *vid.* también POGGI, 2010.

[52] Como señala Arena, tenemos que distinguir una dirección de adecuación general y una dirección de adecuación particular en los usos predictivos de los estereotipos: «*General direction of fit refers to the correction of the stereotype regarding the group [...], individual direction of fit refers to the correction of the stereotype concerning a member of the group (possession or not of the characteristic associated with the group). Lack of general fit puts pressure in favour of abandoning the stereotype. Lack of individual fit puts pressure in favour of discarding the stereotype in the particular case, but not necessarily in favour of abandoning it*» (ARENA, 2017a: 386).

es golpeada o castigada de otro modo porque se comporta como un marimacho, etc. En los diferentes países, algunas manifestaciones de este tipo de violencia están legalmente sancionadas y otras no, pues recaen dentro del *jus corrigendi* o consisten en comportamientos legalmente irrelevantes en la medida en que el derecho de que se trate no incrimina formas de violencia psicológica, como reproches constantes, manifestaciones de desaprobación, etcétera.

Este concepto puede ser utilizado por la legislación en al menos dos formas.

La primera se ejemplifica en el Convenio de Estambul, que en el art. 42 dispone que: «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto "honor" como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado»[53]. El derecho puede establecer expresamente que la motivación, por parte del autor de conductas ilícitas, consistente en imponer la adaptación a estereotipos de género, es decir, de imponer comportamientos que, según la cultura, la tradición, la religión, etc., se consideren apropiados para el sexo de pertenencia, no excluye la punibilidad ni tampoco justifica el otorgamiento de circunstancias atenuantes.

La segunda forma en que la ley puede otorgar relevancia a este tipo de violencia de género es considerarla, por el contrario, como una circunstancia agravante: prever un aumento de la pena si el culpable ha actuado con el objetivo de imponer conductas que, en un ambiente dado, se consideran apropiadas para el sexo de pertenencia de la víctima. Desde este punto de vista, el factor agravante de la homofobia, previsto en los sistemas jurídicos de muchos países, como Inglaterra (*Criminal Justice and Immigration Act* 2008), Francia (art. 132-77 Código Penal francés) y España (art. 22.4 Código Penal español), sería un caso especial de lo que podemos considerar como agravante de género[54]. Una alternativa, también seguida por muchos países con respecto a la homofobia, es configurar crímenes autónomos si una determinada conducta va acompañada de un móvil de género, conductas que probablemente consisten (como en el caso de crímenes homofóbicos) en manifestaciones de la que hemos llamado noción medianamente restringida y en la instigación a tener dichas conductas. A este respecto, como ya hemos mencionado, debe señalarse que a veces las conductas dirigidas a imponer el respeto a las características que se consideran apropiadas para un determinado género quedan fuera de esta noción medianamente restringida de violencia y, entonces, no exceden el umbral del derecho penal. Por tanto, surge el problema de evaluar si, y en qué medida, el derecho debería abordar también estas formas de violencia.

En términos más generales, la teoría del derecho debe cuestionar la conveniencia de adoptar medidas penales específicas para contrastar estos tipos de motivaciones delictuosas. Al respecto, se puede cuestionar que el derecho penal sea un instrumento

---

[53] Cfr. también DEVAW, art. 4: «*States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration to avoid their obligations with respect to its elimination*».

[54] Sobre las diferentes normativas contra la homofobia, cfr. GOISIS, 2012.

adecuado para contrastar estereotipos sociales. Además, este concepto de violencia de género presupone que los estereotipos de género sean vistos como un producto social, algo contingente y no inmutable o natural, y que no sean evaluados positivamente: no es, en breve, un concepto que atraería los favores de todas las feministas. No solo: muchos comunitaristas opinan que el derecho debería adoptar una actitud favorable hacia aquellos que cometen hechos criminales que, sin embargo, son evaluados positivamente o incluso considerados como debidos por su cultura de pertenencia (es la llamada *cultural defense*)[55] y/o subrayan cómo estas medidas penales podrían utilizarse de manera discriminatoria, para sancionar solo a las culturas minoritarias (es decir, para sancionar la imposición de estereotipos de género distintos a los que dominan en una cultura determinada)[56].

4.3. La violencia basada en estereotipos de género

La primera noción de violencia de género que hemos examinado se centra en la mayor propensión de los hombres a realizar actos violentos, mientras que la segunda en la existencia de una motivación específica, que puede existir en un número muy elevado de crímenes. Ninguno de estos dos conceptos puede encontrarse en los documentos y convenciones internacionales. Estos, como hemos anticipado (§ 3), tienden a definir la violencia de género como violencia basada en el género (*gender-based violence*) y afirman que la violencia es tal cuando se dirige contra una mujer por el solo hecho de ser mujer o cuando afecta a las mujeres de manera desproporcionada. A estas definiciones sigue una lista de conductas, a menudo expresamente calificadas como ejemplos, que se consideran formas de violencia de género, independientemente de la motivación subjetiva de su autor. Dichas conductas incluyen al menos: violencia sexual, violencia doméstica, *stalking*, mutilación genital femenina, esterilización forzada, matrimonios forzados.

En los próximos apartados voy a examinar por separado los dos criterios: la violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada (criterio cuantitativo) y la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de serlo (criterio ideológico).

4.3.1. El criterio cuantitativo

El criterio cuantitativo, que identifica la violencia basada en el género como aquella que afecta a un género en manera desproporcionada respecto al otro, parece razonable: si, con respecto a cierto crimen, el sexo de las víctimas es irrelevante, entonces nos esperamos que el porcentaje de víctimas masculinas y femeninas sea más o menos equivalente (como sucede, por ejemplo, en los ataques terroristas o en los delitos de tránsito); si, por el contrario, el porcentaje de víctimas femeninas (o masculinas) es considerablemente más alto que el de las víctimas del otro género, entonces esto significa que el género de pertenencia es, de alguna manera, un elemento relevante.

---

[55] Sobre este tema *vid.,* por ejemplo, DUNDES RENTELN, 2004; PAROLARI, 2008; BASILE, 2010.
[56] *Vid.*, por ejemplo, ZAMBRANO TIZNADO *y* AGÜERO SAN JUAN, 2009.

A este respecto es oportuno recordar que la mayoría de las víctimas de crímenes violentos no son mujeres, sino hombres. Así, por ejemplo, a nivel mundial el 79 por 100 de las víctimas de homicidio son hombres[57], y, según una encuesta, en Italia, en el año 2013, las víctimas masculinas de todos crímenes violentos fueron casi el doble que las femeninas (323 contra 179)[58]. Por tanto, el estereotipo según el cual, si alguien es mujer, entonces tiene más probabilidades de ser víctima de actos violentos que si fuera un hombre es falso, sin base estadística. Las mujeres tienen más probabilidades de ser víctima solo de algunos actos de violencia: sobre todo, violencias sexuales (según algunas estimaciones, una de cada cinco mujeres y uno de cada 71 hombres sufren violencia sexual en su vida)[59], violencia domestica[60] y varias formas de Ipv (a nivel global, en el año 2012, dos terceras partes de las víctimas de homicidio cometido por compañeros íntimos o familiares son mujeres y el 47 por 100 de todas las víctimas femeninas fueron asesinadas por sus compañeros íntimos o familiares, en comparación con menos de 6 por 100 de las víctimas masculinas)[61].

Desde el punto de vista de la política jurídica, saber que algunas clases de sujetos están más expuestas al riesgo de ser sometidas a ciertas formas de violencia es importante para adoptar medidas preventivas: por ejemplo, la mayor exposición de las mujeres a la violencia doméstica es la base de una serie de iniciativas mediáticas[62] destinadas a sensibilizar a los posibles autores (hombres) o a las víctimas potenciales, especialmente para incitarlas a una queja rápida que pueda prevenir una degeneración de la violencia[63]; la mayor propensión de las víctimas de maltrato familiar a ser víctimas de crímenes aún más graves debe sugerir la adopción de medidas judiciales de seguridad, remoción y protección. No todas las medidas de prevención y de seguridad son adecuadas o recomendables, así que la teoría del derecho (en un sentido amplio, que incluye la sociología y la teoría del derecho procesal) y otras disciplinas, como la psicología social y la psicología de la comunicación, deben preguntarse sobre qué medidas sean más apropiadas.

A pesar de su utilidad obvia, el criterio cuantitativo plantea, sin embargo, algunos problemas serios, si es entendido como criterio que define el concepto de violencia de género.

En primer lugar, no está claro si, y en qué sentido, el criterio en cuestión realmente se refiere al género de las víctimas y no a su sexo. Las mayorías de las estadísticas hacen referencia al sexo biológico de las víctimas, de modo que, si consideramos solo este criterio, la violencia de género coincide con la violencia basada en el sexo de las víctimas. Desde un punto de vista teórico y conceptual, sin embargo, las dos categorías, aunque pueden superponerse en su totalidad o en parte, deben distinguirse. Considérese, por

---

[57] UNODC, 2013: 3.

[58] Eures, 2014: 6.

[59] *Vid.* NSVRC, 2015. Según la misma fuente, el abuso sexual infantil muestra un patrón diferente: a nivel mundial, son víctimas una chica/niña cada cuatro y un chico/niño cada seis.

[60] *Vid.*, por ejemplo, los datos referidos en S. L. Bloom, 2008.

[61] UNODC, 2013: 4.

[62] Para un análisis de las campañas mediáticas de sensibilización adoptadas en Italia, cfr. Giomi y Magaraggia, 2017.

[63] En este sentido, algunos estudios destacan la tendencia de la víctima a subestimar los episodios de violencia y la posibilidad de su degeneración, cfr. Kelly y Radford, 1990.

ejemplo, la violencia que afecta a los transexuales (especialmente la violencia sexual dentro de las cárceles): esta no es violencia contra mujeres (más bien, es violencia contra hombres), pero intuitivamente parece una violencia conectada con el género.

En segundo lugar, el criterio cuantitativo no parece suficiente para identificar la violencia de género, en el sentido que no todos los actos de violencia que afectan desproporcionadamente a individuos de un determinado sexo o género son considerados por la literatura y las normativas nacionales e internacionales como casos de violencia de género. Ya dijimos que las víctimas del homicidio voluntario son en su gran parte hombres: nadie ha considerado el asesinato como un caso de violencia basada sobre el género. Para dar un ejemplo más, piénsese en *snatching* (hurto con violencia): la mayoría de las víctimas de este crimen son mujeres mayores[64]; sin embargo este crimen nunca ha sido considerado como una forma de violencia basada en el género.

En tercer lugar, el criterio cuantitativo no parece tampoco necesario para identificar formas de violencia de género, en el sentido que las normativas y la literatura clasifican como violencia de género actos que no afectan a las mujeres de manera desproporcionada. Consideramos la mutilación genital. Según datos de Unicef (claramente aproximados), hay 3.000.000 de mujeres y niñas que se someten a mutilación genital cada año (para un total de mujeres mutiladas en el mundo, entre 100 y 140 millones)[65]. Pues bien, la cantidad de hombres, especialmente niños, que se someten a una mutilación genital cada año, la circuncisión, parece ser alrededor de 13.300.000, según otras fuentes, 25 niños por minuto[66]. Aunque se puede admitir que los datos de la circuncisión no sean completamente confiables y/o no separen las intervenciones terapéuticas de las otras, las cifras son tales que se puede decir que la mutilación genital no afecta a las mujeres desproporcionadamente. A pesar de esto, puede ponerse en duda que la circuncisión no terapéutica de varones sea una forma de violencia de género[67], mientras que es indiscutible que lo son las mutilaciones genitales femeninas (infibulación, varios tipos de escisión, etc.).

Creo que el criterio cuantitativo no es ni necesario ni suficiente para definir un concepto de violencia de género porque, por sí mismo, no aclara la relación que hay entre ser víctimas de determinados crímenes y pertenecer a un determinado género o sexo[68]: ¿Por qué quien pertenece a un determinado sexo o género tiene una ma-

---

[64] Según un informe de ISTAT (2014), en Italia en el 2013, 8.804 mujeres, mayores de cuarenta y cuatro años, informaron haber sido víctimas de *snatching* contra 2.784 hombres del mismo grupo de edad. Estos datos se confirman para el año siguiente durante el cual las víctimas de este crimen fueron el 29,2 por 100 de hombres y el 70,8 por 100 de mujeres (ISTAT, 2017).

[65] URL: *http://www.unicef.it/doc/371/mutilazioni-genitali-femminili.htm*.

[66] De Falco Marotta, 2007: 154.

[67] El Código Penal español es uno de los pocos que formulan el delito de mutilación genital en términos *gender-blindness*. Así, el párrafo 2 del art. 149 del Código Penal dispone que: «El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz». A pesar de esta formulación literal, algunos autores han argumentado que la regla solo se aplicaría a la mutilación genital femenina, *vid.* Acale Sánchez, 2006: 180.

[68] A diferencia del primer concepto de violencia de género, donde la relación entre ser autor de actos violentos y pertenecer a un género particular se interpreta como un estereotipo de género, es decir, en relación con los modelos sociales prevalecientes de la masculinidad y la feminidad.

yor propensión a ser víctima de determinados actos violentos? ¿Hay una explicación unitaria de esta relación o explicaciones diferentes para los diferentes crímenes? La criminología y la sociología tendrán que responder a estas preguntas en profundidad. En la próxima sección examinaré si lo que he llamado criterio ideológico puede ayudar a encontrar una respuesta.

4.3.2. El criterio ideológico

Según el criterio ideológico, una violencia está basada en el género si está dirigida contra una mujer como tal, por el hecho de serlo. Como ya se mencionó, no es fácil entender lo que esto significa, dado que no hay formas de violencia que solo afecten a las mujeres. Algunas indicaciones útiles provienen de los preámbulos de las convenciones internacionales. A este respecto, el Convenio de Estambul, al repetir expresiones idénticas de la DEVAW, afirma, en el preámbulo, que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación»; «que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres». Es decir, se puede opinar que la violencia está dirigida contra una mujer por el solo hecho de serlo y, en este sentido es «de género», porque la violencia es la manifestación, y es funcional para el mantenimiento, de una estructura social caracterizada por la subordinación/opresión/dominación de aquellos que pertenecen a un género determinado. Este criterio tiene la función, política e ideológica, de señalar que la violencia contra el género femenino no es un mero episodio de desviación criminal, sino que está vinculada a la compleja estructura social que coloca a las mujeres en una posición subordinada. La violencia está relacionada con el género, porque la posición de subordinación y sumisión que mantiene y ayuda a crear, no es más que el resultado de un vasto y socialmente variable conjunto de estereotipos de género. A pesar de su fuerza ideológica, esta noción plantea muchos problemas.

Esta noción implica que la violencia de género es, siempre o casi, violencia de hombres contra mujeres, puesto que son las mujeres, aquellas que pertenecen al género femenino, quienes están en una posición subordinada, y son los hombres, aquellos que pertenecen al género masculino, quienes están en posición de dominio: esto, a su vez, da lugar a algunas complicaciones.

En primer lugar, este criterio dificulta la configuración de las mujeres como autoras de actos de violencia basados sobre el género; pero hay ilícitos, siempre calificados como formas de violencia de género, que son o pueden ser ejecutados también por mujeres —p. ej., las mutilaciones genitales femeninas, ¿según el criterio ideológico son formas de violencia basada en el género?—.

En segundo lugar, el criterio de subordinación hace muy difícil configurar la violencia basada en el género masculino, es decir, una violencia de género contra hombres: en el límite, podrían incluirse en esta categoría algunas formas de violencia motivadas

por el género (§ 4.2), por ejemplo, la violencia directa contra sujetos de sexo masculino que no se ajustan a las características de su género (típicamente transexuales u homosexuales), siendo aquí violencia también destinada a consolidar el poder del género dominante, subrayando la diferencia en comparación con el dominado. Sin embargo, quedan fuera de este criterio otros actos ilícitos que, por otro lado, son ciertamente formas de violencia de género cuando la víctima es una mujer. Piénsese en el matrimonio forzado: el matrimonio forzado (a diferencia, p. ej., de la mutilación genital) no cambia en severidad y desvalor en función de si la víctima es un hombre o una mujer, pero solo en el segundo caso podemos pensar que se trate de una forma de mantener y crear una opresión del género femenino. Esto parece difícil de explicar.

El defecto más grave del criterio ideológico es su imprecisión y falta de selectividad: no es un criterio claro. De hecho, con respecto a cualquier acto de violencia cometido por un hombre contra una mujer, se puede argumentar que esto va a consolidar la estructura binaria de los géneros y refuerza la posición de sumisión de las mujeres: sin embargo, la relación entre el acto de violencia individual y la posición de subordinación de todo el género femenino es, en muchos casos, muy abstracta e indeterminada, ni siquiera percibida por las víctimas y los autores. Así, según el criterio en discusión, también el *snatching* (hurto con violencia) se puede considerar violencia basada en el género porque, al ser cometido sobre todo por hombres y al golpear sobre todo a mujeres, fortalece la posición de inferioridad de todo el género femenino, la imagen de este género como débil (según criterios de debilidad masculinos). Por supuesto, la mayor probabilidad de que las mujeres sean víctimas de *snatching* (hurto con violencia) está relacionada con factores de género relativos tanto al vestido (las mujeres llevan cartera, las mujeres usan faldas y tacones que no les permiten ser rápidas para escapar o para perseguir), como al estereotipo según el cual las mujeres son débiles y (o, mejor, porque) no saben reaccionar ante la violencia (§ 4.1). Sin embargo, es difícil ver cómo el *snatching* (hurto con violencia) de Fulano contra Sultana pueda ser determinado por la posición de inferioridad de todas las mujeres y pueda significativamente fortalecer la posición de subordinación de todas las mujeres.

Ciertamente, hay situaciones en las que la relación entre un solo acto de violencia y la subordinación femenina es más evidente: por ejemplo, en el *stalking,* en la violencia doméstica y en otras formas de Ipv. Esto es porque lo que está en juego no es la subordinación de todo el género femenino, sino de una o más mujeres determinadas —y esta es probablemente la razón por la cual a muchos les parece razonable limitar la noción de violencia de género a estas categorías de conductas—. Aunque siendo así, no hay que olvidar que las mujeres no son las únicas víctimas de estos ilícitos: la violencia doméstica, por ejemplo, también afecta significativamente a niños y ancianos, y, a veces, es cometida por mujeres. Por tanto, es necesario indagar con mayor precisión la relación entre la violencia doméstica y los estereotipos de género, y no se puede decir simplemente que la violencia doméstica es una violencia de género porque es causada por, y, a su vez, apunta a reforzar, la subordinación del género femenino: la violencia doméstica a veces no tiene conexión con el género ni de los autores ni de las víctimas.

En conclusión, aunque reconozco su valor político positivo, creo que el criterio ideológico es demasiado indeterminado para identificar una noción bien definida de violencia de género y creo que, por tanto, no debería utilizarse en la legislación, y, so-

bre todo, en el derecho penal que, por las consecuencias que conlleva, debe inspirarse en un riguroso principio de certeza y determinación. Sin duda, es necesario identificar y combatir los fundamentos sociales de la violencia contra las mujeres y se deben tomar medidas para eliminar todas las formas de discriminación, pero para hacerlo no me parece útil ni apropiado recurrir a una herramienta conceptual tan indeterminada.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., 2006: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Zaragoza: Cometa.

ADLER, F. S., 1975: *Sisters in Crime: The Rise of the New Female Criminal*, New York: McGraw-Hill.

ALCOFF, L., 2006: *Visible Identities*, Oxford: OUP.

APPIAH, K. A., 2005: *The ethics of identity*, Princeton: Princeton University Press.

ARENA, F., 2017a: «The pragmatics of Stereotypes in Legal Decision-Making», en F. POGGI y A. CAPONE (eds.), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht: Springer, 379-399.

— 2017b: «El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre el matrimonio igualitario», en A. M. ALTERIO y R. NIEMBRO ORTEGA, *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 163-201.

ARENDT, H., 1970: *On violence*, Orlando: Harcourt Books.

BARAK, G.; LEIGHTON, P., y FLAVIN, J., 2010: *Class, Race, Gender, and Crime: the Social Realities of Justice in America*, Lanhan: Rowman y Littlefield.

BASILE, F., 2010: *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano: Giuffrè.

BERNARDINI, M. G., y GIOLO, O. (eds.), 2017: *Le teorie critiche del diritto*, Pisa: Pacini giuridica.

BLOOM, S. L., 2008: «Domestic violence», en J. O'BRIEN (ed.), *Encyclopedia of Gender and Society*, London: Sage, 216-221.

BLOOM, S. S., 2008: *Violence Against Women and Girls: A Compendium of Monitoring and Evaluation Indicators,* North Carolina: Carolina Population Center, MEASURE Evaluation, Chapel Hill, *https://www.measureevaluation.org/resources/publications/ms-08-30,* P. BOURDIEU, 1998, *La domination masculine*, Paris: Edition du Seuil.

BREINES, I.; CONNELL, R., y EIDE, I., 2000: *Male Roles, Masculinities and Violence*, Paris: Unesco.

BUTLER, J., 1991: «Contingent Foundations: Feminism and the Question of "Postmodernism"», *Praxis International*, 11: 153-170.

— 1999[2]: *Gender Trouble*, London: Routledge.

CURRY, T., 2014: «The benefits and penalties of gender for criminal justice processing outcomes among adults and juveniles», en R. GARTNER y B. MCCARTHY (eds.), *Oxford Handbook of Gender, Sex, and Crime*, Oxford: OUP, 551-571.

DE FALCO MAROTTA, M., 2007: *Incontri*, Milano: Paoline.

DUNDES RENTELN, A., 2004: *The cultural defense*, Oxford: OUP.

ENANDER, V., 2011: «Violent women? The challenge of women's violence in intimate heterosexual relationship to feminist analyses of partner violence», *NORA. Nordic Journal of Feminist and gender research,* 19: 105-123.

GIGERENZER, G., 2002: *Calculated Risk*: *How to Know When Numbers Deceive you*, New York: Simon & Schuster.

GILLIGAN, C., 1982: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge: Harvard University Press.

GIOMI, E., y MAGARAGGIA, S., 2017: *Relazioni brutali*, Bologna: Il Mulino.

GLICK, P., y FISKE, S. T., 1996: «The Ambivalent Sexism Inventory: Differentiating hostile and benevolent sexism», *Journal of Personality and Social Psychology*, 70: 491-512.

GOFFMAN, E., 1979: *Gender Advertisements*, Cambridge: Harvard University Press.

GOISIS, L., 2012: «Omofobia e diritto penale: profili comparatistici», *Diritto penale contemporaneo, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1354720344GOISIS%202012d.pdf*.

GOOD, I. J., 1996: «When batterer becomes murderer», *Nature*, 381: 481.

HAGAN, J.; SIMPSON, J., y GILLIS, R., 1987: «Class in the household: a Power-Control Theory of gender and delinquency», *American Journal of Sociology*, 92(4): 788-816.

HASLANGER, S., 2001: «Future Genders? Future Races?», *Philosophical Exchanges*, 34: 2-24.

HATTY, S., 2000: *Masculinities, Violence and Culture*, London: Sage.

HEIDENSOHN, F., y SILVESTRI, M., 2012: «Gender and Crime», en M. MAGUIRE, R. MORGAN y R. REINER, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: OUP, 336-369.

HERZOG, A., 2017: «The concept of violence in the work of Hannah Arendt», *Continental Philosophy Review*, 50: 165-179.

ISTAT, 2014: *Autori e vittime dei delitti denunciati dalle forze di polizia all'autorità giudiziaria*, *http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV_DELITTIPS#*.

— 2017: *Delitti, imputati e vittime di reati, http://www.istat.it/it/files/2017/10/Delitti-imputati-e-vittime-dei-reati.pdf*.

KELLY, L., y RADFORD, J., 1990: «Nothing Really Happened: The Invalidation of Women's Experiences of Sexual Violence», *Critical Social Policy*, 10: 39-53.

LALUMERA, E., 2013: «On the explanatory value of the concept-conception distinction», *Rivista italiana di filosofia del linguaggio*, 8(3): 73-81.

LLOYD, A., 1995: *Doubly Deviant, Doubly Damned: Society's Treatment of Violent Women*, Harmondsworth: Penguin.

MCLAREN, M., 2001: «Feminist Ethics: Care as a Virtue», en P. DESAUTELS y J. WAUGH (eds.), *Feminists Doing Ethics*, Lanham (MD): Rowman & Littlefield, 101-118.

MARTÍN SÁNCHEZ, M., 2015: «El género en la "violencia afectiva": clave para un examen de constitucionalidad», *Estudios Constitucionales*, 13(1): 203-236.

MERTON, R. K., 1948: «The Self-Fulfilling Prophecy», *The Antioch Review*, 8: 193-210.

MIKKOLA, M., 2012: «Feminist Perspectives on Sex and Gender», en E. N. ZALTA, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *https://plato.stanford.edu/*.

MUNRO, V., 2006: «Resemblances of Identity: Ludwig Wittgenstein and Contemporary Feminist Legal Theory», *Res Publica*, 12: 137-162.

NSVRC (NATIONAL SEXUAL VIOLENCE RESEARCH CENTER), 2015: *Statistics about sexual violence, https://www.nsvrc.org/sites/default/files/publications_nsvrc_factsheet_media-packet_statistics-about-sexual-violence_0.pdf.*

PAROLARI, P., 2008: «Reati culturalmente motivati», *Ragion Pratica*, 34: 529-558.

PASSERIN D'ENTRÈVES, A., 1967: *The Notion of the State. Introduction to Political Theory*, Oxford: OUP.

PAULOS, J. A., 1995: «Murder he wrote», *The Philadelphia Inquirer*, 27 de agosto de 1995, en *http://www.math.temple.edu/~paulos/oj.html*, acceso el 2 de marzo de 2010.

POGGI, F., 2010: «Tra il certo e l'impossibile. La probabilità nel processo», *Diritto e questioni pubbliche*, 10: 456-477, *http://www.dirittoequestionipubbliche.org/*.

— 2016: «Diritto, stereotipi e violenza di genere», *Notizie di Politeia*, 123: 104-110.

— 2017: «La Teoría General del Derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico», *Derecho* y *Sociedad*, 48: 157-173.

PORTER, T., y GAVIN, H., 2010: «Infanticide and Neonaticide: A Review of 40 Years of Research Literature on Incidence and Causes», *Trauma, violence and abuse*, 11(3): 99-112.

POZZOLO, S., 2015: «(Una) teoria femminista del diritto. Genere e discorso giuridico», en T. CASADEI, *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino: Giappichelli, 17-39.

RINALDI, C., y SAITTA, P., 2017: *Devianze e crimine*, Savona: PM Edizioni.

ROMAIN, D. M., y FREIBURGER, T. L., 2016: «Chivalry revisited: gender, race/ethnicity, and offense type on domestic violence charge reduction», *Feminist Criminology*, 11(2): 191-222.

RUBIN, G., 1975: «The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex», en R. REITER, *Toward an Anthropology of Women*, New York: Monthly Review Press, 157-210.

RUDMAN, L. A., y GLICK, P., 2008: *The social psychology of gender*, New York: Guilford.

SCHAUER, F., 2003: *Profiles, probabilities and stereotypes*, Cambridge (MA): Harvard University Press.

SCOTT, J. W., 1986: «Gender: A Useful Category of Historical Analysis», *The American Historical Review*, 91(5): 1053-1075.

SCOTT, K., 2014: «Violence against children in family», en R. GARTNER y B. MCCARTHY, *Oxford Handbook of Gender, Sex, and Crime,* Oxford: OUP, 379-402.

SIMON, R. J., 1975: *Women and Crime*, Toronto: Lexington Book.

SPELMAN, E., 1988: *Inessential Women*, Boston: Beacon Press.

STOLJAR, N., 1995: «Essence, Identity and the Concept of Woman», *Philosophical Topics*, 23, 261-293.

STOLLER, R. J., 1968: *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*, New York: Karnac.

TAPPIN, B. M.; MCKAY, R. T., y ABRAMS, D., 2017: «Choosing the right level of analysis: Stereotypes shape social reality via collective action», *Behavioural and Brian Science*, 40, E13.

TRONTO, J., 1989: «Women and Caring: What Can Feminists Learn about Morality from Caring?», en A. JAGGAR y S. BORDO (eds.), *Gender/Body/Knowledge*, London: Rutgers University Press, 172-187.

UNODC (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO), 2013: *Estudio mundial sobre el homicidio*, URL: *https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf.*

WEBER, M., 1995: *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922); trad. it., *Economia e società*, 1, Torino: Edizioni di Comunità, 1961.

WITT, C., 2011: *The Metaphysics of Gender*, Oxford: OUP.

YOUNG, I. M., 1997: *Intersecting Voices*, Princeton: Princeton University Press.

ZAMBRANO TIZNADO, J., y AGÜERO SAN JUAN, C., 2009: «Multiculturalidad y discrecionalidad judicial en una sentencia penal: análisis desde Joseph Raz», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, 327-343.

VENTA DE ÓRGANOS Y DESIGUALDAD SOCIAL*

Ricardo García Manrique

Universidad de Barcelona
garcia.manrique@ub.edu

RESUMEN. La necesidad de disponer de más órganos humanos para trasplante ha llevado a proponer la legalización de su venta, con el fin de aumentar su oferta. Cuando lo que se propone es un mercado regulado que trata de evitar los efectos más injustos del comercio de órganos, parece haber una presunción a favor de su legitimidad. Contra esta presunción, cabe formular dos tipos de argumentos: los basados en la desigualdad social y los basados en la degradación del valor del cuerpo humano. Se analizan aquí los primeros y se concluye que no parecen suficientes para refutar la presunción. Por tanto, solo un argumento del segundo tipo podría justificar la prohibición de mercantilización de los órganos humanos.

Palabras clave: órganos humanos, mercado, desigualdad, bioética.

Organ sales and social inequality

ABSTRACT. The need to have more human organs for transplant has led to propose the legalization of organ sales, in order to increase their supply. When what is proposed is a regulated market that tries to avoid the most unfair effects of organ trade, there seems to be a presumption in favor of its legitimacy. Against this presumption, two types of arguments can be raised: those based on social inequality and those based on the degradation of the value of the human body. The first ones are analyzed here and we arrive at the conclusion that they do not seem enough to overcome the presumption. Therefore, only an argument of the second kind could justify the prohibition of commodification of human organs.

Keywords: human organs, markets, inequality, bioethics.

* Fecha de recepción: 4 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 27 de junio de 2019.

Proyecto de Investigación «El Convenio de Oviedo cumple veinte años: propuestas para su adaptación a la nueva realidad social y científica» (MINECO DER2017-85174-P). Debo agradecer a un revisor anónimo sus muy atinadas observaciones, que me han ayudado a mejorar el texto.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.13

1. ¿POR QUÉ NO UN MERCADO DE ÓRGANOS?

La compraventa de órganos humanos está prohibida por el derecho internacional y por la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales[1]. Sin embargo, desde hace ya tiempo se viene proponiendo su legalización, como un medio eficaz para paliar la escasez de órganos para trasplante[2]. Un ejemplo significativo es el de Gary BECKER, uno de los más reputados economistas de las últimas décadas y Premio Nobel en 1992, que en un artículo publicado en 2007 trató de justificar la capacidad de un mercado de riñones para aumentar la oferta y así reducir considerablemente las listas de espera. Gran parte del artículo se ocupaba del aspecto empírico de la cuestión, pero su argumento de fondo era de orden moral y aparecía en las últimas líneas:

> La respuesta más efectiva a los críticos de la compraventa de órganos es que el sistema actual [el que prohíbe la compraventa] impone una carga intolerable en miles de individuos enfermos que sufren y a veces mueren mientras esperan años hasta que pueden disponer de un órgano compatible. El aumento de la oferta producido por el pago eliminaría su espera en buena medida[3].

La de BECKER no es una propuesta aislada, ni tampoco es una propuesta descabellada. Para empezar, es evidente que faltan riñones y otros órganos para trasplante, y también lo es que, si dispusiéramos de un número mayor de órganos, la salud de muchas personas mejoraría y muchas vidas se salvarían. En cambio, no es tan evidente: *a)* que el establecimiento de un mercado de órganos aumente su oferta, acaso porque la mercantilización de los órganos humanos pueda implicar una reducción del número de donantes[4], o porque no parece plausible creer que, en una sociedad avanzada en términos de riqueza e igualdad, la gente esté dispuesta a vender sus órganos[5]; *b)* que la otra fuente de obtención de órganos humanos (la extracción a partir de cadáveres) sea incapaz de satisfacer la demanda, siquiera sea porque es una fuente que todavía no ha sido aprovechada al máximo, tal como debería serlo[6], y *c)* que la donación de órganos no conlleve riesgos significativos para la salud de los donantes[7]. Sin embargo, con el

---

[1] El art. 21 del Convenio de Oviedo (Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 1997) establece: «El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, en su art. 3.2, establece que «en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular [...] la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro». Cláusulas similares pueden encontrarse en casi todos los ordenamientos jurídicos nacionales, a salvo de alguna excepción como la de Irán. En 2015 se aprobó el Convenio de Santiago de Compostela, o Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos (sobre este Convenio, *vid.* PONS RAFOLS, 2016).

[2] SATZ, 2010: 189.

[3] BECKER y ELÍAS, 2007: 22. Una versión resumida de su propuesta se encuentra en BECKER y ELÍAS, 2014.

[4] TITMUSS, 1973: 277; GARZÓN VALDÉS, 1994: 182; ROTHMAN y ROTHMAN, 2006: 1524-1526; SATZ, 2010: 192.

[5] RIVERA LÓPEZ, 2001: 179.

[6] DE LORA, 2011 y 2012. También cabría incentivar la donación de órganos en vida mediante compensaciones distintas del «precio» (ATIENZA, 2010: 129; PUYOL, 2019: 52-54, en relación con la donación de sangre; en general, sobre los incentivos o *nudges* como política pública a explorar, *vid.* SUNSTEIN, 2019). Sin embargo, supondré que la vía de la incentivación no basta para generar un aumento de oferta que satisfaga la demanda.

[7] BUISAN, GARCÍA MANRIQUE, MAUTONE y NAVARRO, 2011: 25-27. De hecho, estos autores proponen, por esa razón, que la obtención de órganos de donante vivo sea considerada una práctica muy restringida, y subsi-

fin de evaluar la bondad de propuestas como la de BECKER y otras afines, voy a dar por bueno que es así, esto es: que la mercantilización de los órganos aumentaría su oferta, que los órganos procedentes de cadáver no resultan suficientes y que los daños para el donante son mínimos o, en todo caso, mucho menores que los beneficios para quienes reciben el trasplante.

Siendo así, parece haber una presunción a favor de la legalización del comercio de órganos, si resulta que esta legalización redundaría en una mejora importante de la salud de muchas personas o incluso en el salvamento de sus vidas. Tal como lo expresa Stephen WILKINSON:

> El argumento es sencillo. Permitir (o fomentar) la venta de órganos [...] salva vidas porque (al menos parcialmente) reduce la escasez de órganos para trasplante. Salvar vidas es un buen fin, y la venta de órganos es pues defendible como un medio para lograr ese fin[8].

Ante un argumento como este, y para oponerse a él, uno puede cuestionar su base empírica (que la venta de órganos salvavidas), o bien puede aceptarla pero rechazar su consecuencia práctica (permitir la venta de órganos) sobre la base de otras razones. En todo caso, si se acepta la base empírica, WILKINSON sostiene que la carga de la prueba cae sobre los «prohibicionistas», dada la fuerza *prima facie* del argumento del salvamento de vidas. RADCLIFFE RICHARDS es de la misma opinión, dado que, a su juicio, los «daños» causados por la prohibición son claros: no solo el daño causado a quienes podrían salvar su vida o mejorar su salud comprando un órgano, sino también el daño causado a quienes querrían vender un órgano y no pueden hacerlo:

> En una sorprendente contravención de nuestras ideas habituales sobre la libertad individual, impedimos que los adultos suscriban libremente contratos de los que ambas partes esperan beneficiarse, sin daño obvio para nadie más[9].

Sin embargo, no estoy seguro de que *esta* restricción de nuestra capacidad contractual y de nuestra capacidad de disposición sobre partes de nuestro cuerpo haya de resultar «sorprendente» teniendo en cuenta nuestras «ideas habituales sobre la libertad individual», precisamente porque estas ideas también incluyen la conciencia de ciertas restricciones de esa libertad en relación con la disponibilidad del propio cuerpo y de sus partes y en relación con el ámbito de lo contratable, incluso cuando el daño para los demás no resulte «obvio»[10]. Tampoco resulta convincente un tercer fundamento sobre el que cabría asentar la presunción a favor de la legalización, el de la «consistencia» o coherencia con otras prácticas generalmente asumidas, como la de «vender» nuestro trabajo[11]. Primero, porque este fundamento acaso no sea más que una variante del anterior (que cabe llamar el del *favor libertatis* o el de la primacía de la autonomía

---

diaria respecto de la obtención de órganos de cadáver. En particular, señalan que en muchos casos el perjuicio causado a la salud del donante puede ser mayor que el beneficio para la salud del receptor, si, por ejemplo, la esperanza de vida de este es corta.

[8] WILKINSON, 2015: 3.

[9] RADCLIFFE RICHARDS, 1996: 377.

[10] La pretensión libertaria de que tenemos un derecho de propiedad sobre nuestro cuerpo y sobre sus partes separadas (de la que derivaría a su vez el derecho a su venta) la considero inaceptable (GARCÍA MANRIQUE, 2016 y 2018a). En todo caso, sería al revés: si nos inclinamos (con base en otras razones) por la legalización de la venta de partes separadas del cuerpo, tendríamos una razón digamos técnico-jurídica para someterlas al estatuto de la propiedad.

[11] SAVULESCU, 2003: 138-139; WILKINSON, 2015: 3.

individual); pero además, en contra de la opinión de SAVULESCU, porque parece haber una diferencia relevante, al menos en principio, entre vender nuestro trabajo y vender partes de nuestro cuerpo. Esta diferencia puede, desde luego, ponerse en cuestión, pero lo que no parece razonable es fundar una presunción sobre su supuesta inexistencia.

En todo caso, el argumento del salvamento de vidas me parece lo bastante fuerte como para que el planteamiento de WILKINSON (y parciamente al menos el de RADCLIFFE RICHARDS) resulten aceptables, esto es, que por esa razón existe una presunción a favor del comercio de órganos, sobre todo cuando no hay un valor, un principio o un derecho fundamental que pueda oponérsele de manera evidente[12]. Entre estos últimos, el candidato con más posibilidades acaso sería el derecho a la integridad física. Sin embargo, este derecho se ha configurado históricamente, y hasta la actualidad, como un derecho «negativo» o «reaccional» (una «inmunidad» más que una «libertad»), que protege la intangibilidad, pero no se ha desarrollado en relación con la libre disposición, de manera que la cuestión de si podemos o no podemos vender partes de nuestro cuerpo queda fuera de su ámbito[13]. Por eso, aunque el argumento del salvamento de vidas pueda ser calificado como consecuencialista[14], el partidario de una ética deontológica bien puede asumirlo como propio, por lo menos hasta que consiga encontrar un argumento deontológico contrario de mayor peso. Por tanto, y como no cuestionaré la base empírica del argumento sino que la daré por supuesta, asumiré que la carga de la prueba recae en los prohibicionistas.

Cabría discutir, aunque no lo haré aquí, si ante una prohibición jurídica largamente arraigada como es la de la venta de órganos, la carga de la prueba no habría de recaer en quienes pretenden abolir la prohibición, esto es, alterar el orden jurídico establecido[15]. Entiendo que WILKINSON, RADCLIFFE RICHARDS o SATZ no tienen en cuenta a estos efectos el «estado de cosas jurídico», sino simplemente los argumentos morales más inmediatamente disponibles a favor o en contra de la prohibición. Y porque se trata de argumentos y no de intuiciones (puesto que nos hallamos en el terreno del razonamiento práctico), creo que debe desestimarse la presunción a favor de la prohibición basada en la intuitiva repugnancia que genera el comercio de órganos[16]. En fin, una última razón que abona *aquí y ahora* la presunción a favor de la legalización del comercio de órganos es que la muy personal intuición de quien esto escribe le inclina a oponerse a esa legalización y, en términos argumentativos, parece sensato partir de la posición contraria a la propia para ver si puede ser contradicha.

---

[12] Debra SATZ, quien, a diferencia de WILKINSON y RADCLIFFE RICHARDS, no es partidaria del comercio de órganos, asume también la misma presunción. SATZ, 2010: 189.

[13] PASCUAL MEDRANO, 2018: 52-54 y 61; ESCOBAR ROCA, 2018a: 58 y ss. Otra cosa es que, tal como sostiene Amelia PASCUAL, el derecho a la integridad física esté aquejado de «fatiga funcional» precisamente por su incapacidad para «proporcionar a su titular un ámbito de garantía o autodeterminación bastante en orden a la disposición de elementos corporales y su posterior control» (PASCUAL MEDRANO, 2018: 66). En general, Guillermo ESCOBAR cree que los derechos a la vida y a la integridad física se quedan cortos a la hora de dar soluciones a los problemas bioéticos; y aboga por recurrir a la ponderación de los valores constitucionales de libertad y dignidad (ESCOBAR ROCA, 2018a y 2018b: 106).

[14] RIVERA LÓPEZ, 2001: 163.

[15] Sobre la tradición jurídica de conservación de lo corporal fuera del ámbito de lo comercial, y sobre cómo está quebrando en los últimos tiempos, *vid.* MÉNDEZ BAIGES, 2018.

[16] RADCLIFFE RICHARDS, 1996: 401.

Teniendo en cuenta la presunción a favor del comercio de órganos y asumiendo pues la carga de la prueba de la conveniencia de su prohibición, ¿es posible articular un argumento sólido contra el comercio de órganos que vaya más allá de la intuición, la repugnancia, la tradición o la mera invocación del derecho positivo? Creo que sí o, por lo menos, creo que es razonable intentarlo. Con este fin: i) expondré una propuesta concreta y particularmente atractiva de legalización del comercio de órganos; ii) identificaré los argumentos que pueden esgrimirse contra ella, y iii) examinaré aquellos que se vinculan con la idea de que el comercio de órganos se aprovecha de la desigualdad social y económica y/o genera más desigualdad de ese tipo. Concluiré que estos argumentos no parecen suficientes para desvirtuar la presunción a favor del comercio de órganos y que, por tanto, quien lo pretenda deberá apoyarse en argumentos de otro tipo, en particular en aquellos que sugieren que el comercio de órganos contribuye a una indeseable degradación del valor de lo corporal. Su examen, confío en que más prometedor, habrá de quedar para otra ocasión.

2. LA PROPUESTA DE ERIN Y HARRIS

Charles ERIN y John HARRIS han propuesto un mercado regulado y «ético» de órganos humanos[17]. Su punto de partida es el que hemos dado por bueno: los trasplantes salvan vidas y mejoran la salud de muchos, hay escasez de órganos, y un mercado de órganos la reduciría[18]. Su propuesta es interesante porque establece con cierta precisión las condiciones en que sería legítimo, o éticamente aceptable, un mercado de órganos, y porque esas condiciones permiten descartar una buena parte de las objeciones morales dirigidas contra el comercio de órganos. Estas objeciones valen pues para algunos mercados, pero no para todos; por eso, si se trata de articular un argumento contra *cualquier* mercado de órganos, tomar la propuesta de ERIN y HARRIS como punto de referencia puede ser una buena idea[19].

El mercado que proponen ERIN y HARRIS tendría las siguientes características:

i) Sería un «monopsonio» público, esto es, un mercado en el que solo hay un comprador, que es público (pensando en su país, los autores apuntan al *National Health Service*; para otros países, cualquier otra institución con funciones similares serviría).

ii) Sería un mercado circunscrito geopolíticamente al ámbito de un estado (o unión de estados, como la Unión Europea), de manera que solo los ciudadanos de esa unidad política podrían vender sus órganos, y solo los ciudadanos podrían recibir uno de esos órganos (*rectius*: solo los beneficiarios del sistema sanitario de ese estado, sean o no «ciudadanos» *stricto sensu*; pero seguiré hablando de «ciudadanos» para simplificar).

iii) El precio de compra sería único y fijado por el comprador. Debería ser «lo suficientemente alto para atraer a los vendedores», y hay que suponer que variaría

[17] ERIN y HARRIS, 1994, 2002 y 2003.

[18] ERIN y HARRIS, 2003: 137.

[19] Por cierto, que la propuesta de ERIN y HARRIS ha sido criticada por demasiado restringida (RADCLIFFE RICHARDS, 2003: 140), pero esto lo dejaremos aquí de lado, precisamente porque de lo que se trata es de saber si incluso una propuesta tan restringida es aceptable.

en función de la oferta y la demanda (los autores no son muy explícitos en este punto)[20].

iv) La asignación o distribución de los órganos se realizaría al margen de criterios mercantiles y de acuerdo con «una concepción justa de la prioridad médica». Sin embargo, los vendedores de órganos tendrían prioridad a la hora de recibir un órgano, si más adelante lo necesitaran. Es decir, el comprador compra órganos, pero no los vende, sino que los asigna de acuerdo con una lógica que podemos llamar «ciudadana»[21].

Además de presentar las asumidas ventajas de un mercado de órganos (en síntesis: salvar vidas y mejorar la salud), las ventajas adicionales de un mercado como este serían por lo menos las siguientes:

i) Se evitaría la explotación de los habitantes de los países pobres, puesto que solo los ciudadanos podrían vender sus órganos. De otra manera, aquellos serían explotados no solo porque acaso el acto mismo de la compra del órgano podría suponer un abuso de su hipotética situación de pobreza extrema, sino porque contribuirían al sistema de distribución (vendiendo sus órganos), pero no podrían beneficiarse de él (al no ser beneficiarios del sistema sanitario del país de referencia).

ii) Se evitaría (al menos en alguna medida) la explotación de los vendedores: en primer lugar, porque se evitarían las transacciones directas entre el vendedor y el destinatario último del órgano, que pueden pensarse generadoras de mayor explotación que si es la comunidad la que compra los órganos; en segundo lugar, porque cabe suponer (aunque los autores no lo dicen expresamente) que el precio sería mínimamente justo; en tercer lugar, porque los vendedores serían compensados no solo mediante el precio, sino además por la prioridad a la hora de recibir un órgano si lo necesitaran.

iii) Se evitaría beneficiar a los ciudadanos ricos en el reparto de los órganos, puesto que los órganos son asignados según criterios no mercantiles, sino de «justicia sanitaria». Es decir, la capacidad económica de aquel que necesita el órgano devendría irrelevante a la hora de conseguirlo.

iv) Se preservaría (en alguna medida) el valor intrínseco de los órganos, puesto que su uso estaría restringido a fines sanitarios y su distribución seguiría criterios de necesidad.

Un mercado de órganos (riñones) similar en algunos aspectos al propuesto por Erin y Harris es el que está vigente en Irán desde 1988: es un mercado limitado a los ciudadanos, y el estado paga una parte del precio del riñón. Sin embargo, las transacciones son directas entre el vendedor y el receptor del órgano (aunque mediadas por una agencia sin ánimo de lucro) y este paga una parte variable del precio, a la que hay que sumar una parte fija pagada por el estado[22]. De cara a evaluar la bondad de la compraventa de órganos desde un punto de vista moral, no creo necesario tener en cuenta el modelo iraní, porque no parece aportar ventajas (morales) al modelo de Erin y Harris y acaso sí alguna desventaja, como la que supone que el receptor del órgano haya de pagar al menos una parte de su precio.

---

[20] Para hacernos una idea aproximada del precio de un órgano humano, podemos tomar en consideración la estimación de Becker y Elías: en un sistema de precio libre, un riñón costaría entre 5.000 y 25.000 dólares; pero buena parte de ellos estaría disponible en torno a 15.000 dólares (Becker y Elías, 2004: 3).

[21] García Manrique, 2018b.

[22] Matesanz, 2018; Mahdavi-Mazdeh, 2012.

Cécile FABRE también ha propuesto un mercado regulado de órganos[23]. Las diferencias con la propuesta de ERIN y HARRIS son: i) los órganos serían comprados por agencias no gubernamentales sin ánimo de lucro, a cambio de un precio fijado por el estado (lo que quiere evitar FABRE es que un mismo sujeto sea quien fije el precio y quien compre, para evitar que los precios tiendan a la baja y se perjudique indebidamente a los vendedores); ii) se insiste expresamente en que el precio fijado por el estado debería ser un precio justo, en el sentido de que evitase la explotación de vendedores y de compradores, y iii) las agencias venderían los órganos a los pacientes. Esta última es la diferencia más significativa, esto es, que los receptores pagarían un precio por el órgano; pero hay que tener en cuenta que la propuesta de FABRE se encuadra en un más amplio sistema de redistribución de órganos, que incluye su confiscación por razones de salud[24]. Lo que postula FABRE es el deber ciudadano de ceder órganos a quienes los necesitan para llevar una vida mínimamente decente (*a minimally flourishing life*), si esa cesión no conlleva un daño grave (por ejemplo: quien tuviera dos riñones habría de ceder uno a quien no tiene ninguno). Esto explica que, más allá del sistema confiscatorio, quienes quisieran comprar un órgano lo harían por razones no estrictamente sanitarias, sino, digamos, de «perfeccionamiento» (el ejemplo que pone FABRE es el de quien, teniendo un solo riñón, quiere ser atleta de élite, para lo que, según parece, se necesitan dos riñones); de aquí que se justifique el pago de un precio por el órgano, pues ese perfeccionamiento queda fuera de lo sometido a la justicia distributiva. La propuesta de FABRE es digna de consideración, pero no lo haré aquí porque desborda el objeto de este trabajo. A la hora de evaluar la bondad de un mercado de órganos, supondré que no se ha establecido un mecanismo confiscatorio y, por eso, no tendré en cuenta la propuesta de mercado de FABRE, cuyas especificaciones dependen de la previa existencia de ese mecanismo.

3. LOS ARGUMENTOS CONTRA EL MERCADO DE ÓRGANOS

Tenemos, pues, una presunción a favor de la legalización del comercio de órganos, si contribuye a salvar vidas, y tenemos también una propuesta de regulación de ese comercio que reduce en cierta medida los males que podrían derivarse de él. En estas condiciones, ¿qué argumentos podrían ofrecerse para desvirtuar esa presunción? Si nos fijamos en lo que suele decirse y escribirse al respecto, nos encontramos con la invocación de una larga serie de conceptos positivos y negativos: altruismo, consentimiento, dignidad, autonomía, libertad, integridad, daño, riesgo, coacción, abuso, explotación, desigualdad, cosificación, degradación, corrupción. A partir de aquí, cabría identificar un buen número de argumentos, pero creo posible reducirlos a dos o, acaso mejor, a dos grupos que permiten sendos tratamientos unitarios: i) argumentos basados en la desigualdad, y ii) argumentos basados en la degradación. Al margen de esta reducción queda el argumento basado en el daño (o riesgo de daño) que sufren quienes se desprenden de un órgano, pero aquí lo dejaré de lado porque asumí al

[23] FABRE, 2006: 149-152.

[24] *Ibid.,* 98-125. Un modelo confiscatorio, pero de órganos de cadáver, lo defiende también Pablo DE LORA (DE LORA, 2011). En la misma línea, Pol CUADROS y Ángel PUYOL han propuesto un deber cívico (jurídicamente vinculante) de donar sangre (CUADROS AGUILERA, 2017 y 2018: 241 y ss.; PUYOL, 2019: 54-56).

principio que este daño es mucho menor que el beneficio causado a quienes reciben el órgano. Obsérvese, dicho sea de paso, que el argumento del daño vale tanto contra el comercio de órganos como contra su donación. Es decir, se trata de un argumento dirigido no específicamente contra el comercio sino contra el trasplante de órganos entre vivos, sea o no mediante precio. Por eso, ha sido utilizado para desalentar este tipo de trasplantes[25].

Los argumentos basados en la desigualdad giran en torno a la idea de que el comercio de órganos se aprovecha de una desigualdad injusta o la genera. Los argumentos basados en la degradación (o corrupción) sostienen que el comercio de órganos impide valorar correctamente ciertos bienes sociales. Michael SANDEL, por ejemplo, lo resume así:

> ¿Pero es lícito comprar y vender riñones? Quienes dicen que no basan su objeción en dos motivos: argumentan que este mercado se aprovecha de los pobres, cuya decisión de vender un riñón puede no ser verdaderamente voluntaria (argumento de la justicia); o que este mercado fomenta un concepto degradante, cosificador, de la persona humana como conjunto de partes corporales de repuesto (argumento de la corrupción)[26].

También Cécile FABRE, Elizabeth WICKS o María CASADO recurren a un esquema equivalente. A juicio de las dos primeras, las objeciones relevantes contra la venta de órganos son dos: la objeción de la mercantilización (*commodification*) y la objeción de la explotación; a juicio de la tercera, las objeciones se basan en el valor de la justicia (y de la solidaridad) y en el hecho de la desigualdad social y económica[27]. El argumento u objeción de la explotación, o el que se basa en la desigualdad social y económica, corresponde con el que SANDEL llama argumento de la justicia y yo he llamado argumento de la desigualdad. El argumento de la mercantilización, o el que María CASADO relaciona con la justicia y la solidaridad, corresponde con el de la corrupción o degradación.

Por supuesto, los nombres no son lo más importante, aunque un nombre adecuado siempre ayuda. Por eso, cabe apuntar que: i) el nombre de «mercantilización» no me parece el más apropiado en este caso, precisamente porque de lo que se trata es de argumentar a favor o en contra de la propia mercantilización, e incurriríamos, por tanto, en una petición de principio, siquiera sea nominal y con la amenaza de convertirse en sustancial («la mercantilización es mala porque mercantiliza los órganos humanos»); ii) el nombre de «justicia» que usa SANDEL me parece demasiado genérico, puesto que valdría para cualquier argumento relevante en esta materia, también para los que él asocia con la degradación de lo valioso, que, si son válidos, también permitirían calificar como «injusto» el comercio de órganos, y iii) si prefiero «desigualdad» a «explotación» es porque, como se verá, tengo interés en subrayar la desigualdad

---

[25] BUISAN, GARCÍA MANRIQUE, MAUTONE y NAVARRO, 2011. Debo aclarar que con «daño» me refiero exclusivamente al daño físico, y solo el argumento basado en este daño es el que queda fuera del análisis. Por supuesto, la degradación moral puede considerarse un «daño», y también la explotación. Estos otros posibles daños, no físicos, sí serán tenidos en cuenta.

[26] SANDEL, 2013: 114. SANDEL aplica este mismo doble argumento a la hora de cuestionar la mercantilización en otros ámbitos, como el del ejército o el de la maternidad subrogada (SANDEL, 2011: 90 y ss.).

[27] FABRE, 2006: 135; WICKS, 2016: 147; CASADO, 2016: 23. Análogamente, aunque en este caso en relación con la compraventa de sangre, Ángel PUYOL enuncia como las dos objeciones principales la de la corrupción del altruismo y la de la explotación de los pobres (PUYOL, 2019: 50-51).

(injusta) de la que se aprovecha o puede generar el comercio de órganos, desde luego vinculada con una posible explotación, aunque quizá no necesariamente.

Brevemente, doy cuenta de otras clasificaciones, para cotejarlas con la dual que propongo de acuerdo con SANDEL, FABRE, WICKS o CASADO. Janet RADCLIFFE RICHARDS analiza los siguientes argumentos contra el mercado de órganos: daño, menoscabo del altruismo, falta de consentimiento, coacción, explotación y corrupción[28]. El argumento del daño ya lo hemos descartado. Los argumentos de la falta de consentimiento y de la coacción son variantes del argumento de la desigualdad. El argumento de la explotación puede considerarse o bien una variante del argumento de la desigualdad o bien una del argumento de la degradación, como luego trataré de justificar. El argumento del menoscabo del altruismo que cabe esperar si se mercantilizan los órganos humanos suele analizarse como un argumento independiente de los dos que pretendo manejar aquí. Por cierto que este argumento tiene el mérito de haber sido un elemento central del análisis de las transfusiones de sangre que publicó Richard TITMUSS en 1970, y que puede considerarse el punto de partida sobre la controversia que nos ocupa, un libro que ya desde el principio suscitó un debate en el que participaron, entre otros, Kenneth ARROW y Peter SINGER, y que se ha prolongado hasta nuestros días[29]. De todas formas, a mi juicio el argumento del altruismo ha de vincularse con el de la degradación, o considerarse como una versión del mismo; pues se trata de que el hecho de que pongamos un precio a las partes o productos del cuerpo humano debilita nuestra tendencia al altruismo (en este caso, a donar sangre), pero entiendo que como consecuencia de una distorsión a la hora de dar sentido y valorar lo corporal. Sea porque debilitar el altruismo es de por sí una degradación de lo valioso, sea porque ese debilitamiento es producto de una degradación de lo corporal, entiendo que el argumento del altruismo puede incluirse en el más genérico de la degradación.

Por su parte, Eduardo RIVERA LÓPEZ identifica el argumento kantiano, el paternalista, el de la pendiente resbaladiza, el de la distribución injusta y el de la explotación[30]. Si no me equivoco, el primero de ellos cabe subsumirlo en el de la degradación, y el segundo, el cuarto y el quinto son variantes del argumento de la desigualdad (algo en lo que insistiré en la sección siguiente); el de la pendiente resbaladiza pertenecerá al ámbito del de la degradación o del de la desigualdad según el mal al que nos veamos abocados a resbalar. Stephen WILKINSON también propone una lista de argumentos contrarios a la venta de órganos humanos, que incluye el argumento del daño, el del altruismo, el de la falta de consentimiento, el de la coacción y el de la explotación, a los que añade más adelante el de la instrumentalización y el de la cosificación[31]. A partir de esta lista cabe practicar la misma reducción que hemos llevado a cabo con la de RADCLIFFE RICHARDS, con el añadido de que los dos últimos argumentos (instrumentalización y cosificación) pueden considerarse versiones del argumento de la degradación (o del que RIVERA llama argumento kantiano).

---

[28] RADCLIFFE RICHARDS, 1996.

[29] TITMUSS, 1973 (la 1.ª ed. es de 1970); ARROW, 1972; SINGER, 1973. Sobre la relevancia del libro de TITMUSS y para más indicaciones acerca del debate que suscitó, *vid.* CUADROS AGUILERA, 2018: 163 y ss.

[30] RIVERA LÓPEZ, 2001: 163-175.

[31] WILKINSON, 2003: 107-132, y WILKINSON, 2015: 11-13.

4. EL ARGUMENTO DE LA DESIGUALDAD: FORMULACIÓN GENERAL

El argumento de la desigualdad puede formularse así: si se permite la venta de órganos, es de esperar que sean los más pobres quienes estén dispuestos a vender los suyos, apremiados por la necesidad de obtener recursos financieros a los que no pueden acceder por otros medios; en cambio, los ricos (o los no tan pobres o, si se quiere, quienes tienen sus necesidades básicas cubiertas) no venderán sus órganos porque no tendrán necesidad de ello. Sea cual sea el modo en que describamos la situación en que se encuentran los «pobres» por contraste con los «ricos» (incapaces de emitir un consentimiento genuino, coaccionados, explotados), quienes manejan estos argumentos perciben que se trata de una situación injustamente desigual: unos se ven impulsados a vender sus órganos y los otros no.

Conviene precisar de qué tipo de desigualdad estamos hablando, puesto que no toda desigualdad es mala *per se*. Una vez legalizada la venta de órganos, todos los ciudadanos (ricos o pobres) tienen una nueva y misma posibilidad jurídica de obrar: pueden decidir vender sus órganos o no venderlos. Sin embargo, es de esperar que sean los pobres y no los ricos quienes vendan sus órganos, puesto que su necesidad de dinero es mayor. Esta mayor necesidad, basada en la desigualdad de partida, es la que explica la nueva desigualdad que produce la legalización de la venta de órganos. Se trata, y esto es lo relevante, de una desigualdad en la libertad, que atenta contra el dogma de la justicia: la igual libertad de todos. Puesto que, en efecto, los ricos son más libres de vender sus órganos, en el sentido de que son tan libres de hacerlo como de no hacerlo, puesto que no necesitan hacerlo para satisfacer necesidades perentorias; y los pobres son menos libres en el sentido de que, si no obligados, sí se ven al menos apremiados o inducidos a vender sus órganos con el fin de satisfacer tales necesidades. Es decir, se permite la misma conducta a todos (vender los órganos), pero, en realidad, dada la previa desigualdad, se está promoviendo que sean solo algunos quienes la lleven a cabo y, por tanto, se está promoviendo que sean solo algunos y no todos quienes provean a la comunidad de los órganos que esta requiere para satisfacer las necesidades de los enfermos.

Sin embargo, la explicación del párrafo anterior no parece suficiente, por esta razón: hay decisiones legislativas que amplían el rango de las decisiones que un ciudadano puede tomar (como en este caso) y que (a diferencia de este caso) no juzgamos negativamente desde el punto de vista de la igual libertad, *incluso aunque* sea de esperar que sean unos ciudadanos en mayor medida que otros los que tomen esa decisión que ahora es posible y antes no. Imaginemos el caso análogo de la aprobación de una norma que permite alquilar por separado habitaciones de una vivienda previamente arrendada. Seguramente, los arrendatarios más ricos no ejercerán su derecho y serán los más pobres quienes lo hagan, si tienen una habitación disponible. Otro ejemplo, quizá más alejado pero entiendo que también análogo, sería el de una norma que pone en marcha un servicio o bien público gratuito o a bajo precio: un autobús urbano, una piscina, un parque. Seguramente quienes dispongan de vehículo, piscina o jardín propios no disfrutarán de su nuevo derecho tanto como quienes no dispongan de alguna de esas cosas.

En todos estos casos diríamos que se ha ampliado el ámbito de la libertad, y que se ha ampliado igualmente, porque ahora todos podemos hacer algo que antes no podíamos, por mucho que sean unos más que otros quienes ejerzan esta faceta nueva de su libertad. Por tanto, todavía hay que explicar por qué no vemos así las cosas en el caso de la liberalización de la venta de órganos. De hecho, es la libertad de los menos favorecidos la que parece que aumenta en mayor medida, puesto que serán ellos los más interesados en ese nuevo ámbito de acción. Por eso, algo en lo que insisten reiteradamente los partidarios de la legalización es en que son los pobres quienes más se beneficiarían de ella y que, en consecuencia, resulta paradójico (o directamente contradictorio) prohibir la venta de órganos en su nombre, puesto que al daño que supone su pobreza se añade el daño derivado de prohibir una posible solución para ella[32]. Por supuesto, para desvirtuar esta alegación no basta con acusar de poco compasivos o de muy cínicos a quienes la formulan, ni tampoco con proponer soluciones alternativas a la pobreza. No basta, porque aquí no se trata de resolver la cuestión de cuál sea la mejor solución para el problema de la pobreza ni, por tanto, podemos acusar a nadie de proponer la venta de órganos para remediarla. En cambio, lo que tenemos que hacer es dar una explicación de por qué en el caso de la venta de órganos no nos parece bien que se amplíe el rango de opciones disponibles para una persona y sin embargo en otros casos sí. Si pudiéramos recurrir al argumento del daño físico, tendríamos una explicación muy plausible al alcance de la mano; pero hemos asumido como premisa que la donación de órganos no conlleva daños o riesgos físicos significativos para el donante, luego ese argumento no está disponible. Solo queda afirmar y justificar que hay algo *intrínsecamente* negativo o perjudicial en la venta de órganos, de manera que la convierte en una mala opción, sean cuales sean las circunstancias; pero no parece que esta afirmación, ni mucho menos su justificación, vayamos a encontrarla en ninguna de las versiones del argumento de la desigualdad, como veremos a continuación con mayor detalle.

Antes de pasar al examen de sus distintas versiones, no está de más apuntar que el argumento de la desigualdad depende del contexto, es decir, no vale (o no vale igual) en cualquier circunstancia, si es que vale en alguna. Puede valer (o valer más) cuando una parte de los ciudadanos se encuentra en una situación de pobreza extrema, aquella en la cual son incapaces de satisfacer sus necesidades más básicas. En cambio, el argumento se debilita si ningún ciudadano está en una situación como esa, sea porque exista un mínimo vital garantizado para todos o sea porque los recursos de la comunidad son abundantes y están suficientemente bien distribuidos[33]. Por supuesto, siempre que exista algún nivel de desigualdad en el disfrute de recursos, el argumento puede seguir siendo invocado, pero habrá que convenir en que su fuerza es inversamente proporcional al nivel de igualdad económica.

Conviene recordar también que el argumento de la desigualdad, si partimos del modelo de mercado de Erin y Harris, vale solo para la obtención de órganos, pero no

[32] Radcliffe Richards, 1996: 381; Wilkinson, 2003: 131; Wicks, 2016: 149. Se trata de una paradoja también reconocida por quienes se muestran contrarios a la mercantilización de lo corporal (Radin, 1996: 51).

[33] Fabre, 2006: 145; de Lora, 2011: 1019. Cuestión aparte es la de si en estas condiciones de universal bienestar tendría sentido plantear la venta de órganos, porque nadie estaría dispuesto a vender los suyos (Rivera López, 2001: 179).

para su distribución, que, en este modelo, no es desigual en ningún sentido que pueda ser calificado como injusto, sino que sigue pautas en principio no discutidas de justicia sanitaria. En el reparto de órganos que supone este modelo, la capacidad económica de quien necesita un órgano no es relevante. En verdad, así se desvirtúa la más fuerte objeción contra la venta de órganos basada en la desigualdad que puede generar. Sin embargo, que la obtención de órganos se realice en condiciones de injusta desigualdad es suficiente para sostener que el argumento abona la prohibición de la venta.

5. CONSENTIMIENTO VICIADO, COACCIÓN Y EXPLOTACIÓN

La pregunta que debemos hacernos es, pues, la siguiente: ¿es injusta la desigualdad que genera la legalización de la venta de órganos? Recordemos que esa desigualdad consiste en que los pobres se verán impulsados a vender sus órganos en mayor medida en que lo serán los ricos y en que, por tanto, serán los pobres (de forma exclusiva o por lo menos mayoritaria) quienes provean de órganos a toda la comunidad. Recordemos también que, en principio, nos enfrentamos a una desigualdad en la libertad, puesto que podemos pensar que los ricos serán más libres de vender sus órganos y los pobres menos, puesto que estarán presionados a hacerlo por su mala situación. Para responder a esta pregunta, me fijaré en tres posibles formas de esta desigualdad: la que deriva de los intercambios mercantiles, la que deriva de un precio injusto y la que deriva de la naturaleza intrínseca de lo vendido. A cada una de ellas dedicaré una sección. Como este creo que no es el modo habitual de abordar la cuestión, haré antes referencia a otro modo que sí lo es, el de vincular la desigualdad con la falta de consentimiento, con la coacción y con la explotación, simplemente para hacer ver cuáles son los conceptos en juego y para mostrar que pueden ser abordados a través del análisis que aquí propongo.

La venta de órganos podría estar afectada, en primer lugar, por un consentimiento viciado, o incluso ausente. Vamos a dejar de lado todo lo relacionado con lo que se llama el «consentimiento informado», porque vamos a suponer que la regulación de un modelo de mercado como el que hemos tomado como referencia (el de Erin y Harris) incluirá las cláusulas necesarias al respecto, de manera que todo posible vendedor haya sido correctamente informado del sentido y consecuencias de su decisión de vender un órgano. Esto significa que el vicio o la falta de consentimiento no derivará de la falta de información, sino acaso de la mala situación económica del vendedor. Así, por ejemplo, Michael Sandel afirma que, cuando hay una desigualdad económica entre las partes, los intercambios mercantiles no pueden considerarse plenamente libres (esto es, consentidos), puesto que unos se ven forzados a participar en ellos y otros no tanto[34]. En realidad, esto es lo mismo que decir (y Sandel lo dice) que los pobres están siendo coaccionados, puesto que se les induce o fuerza a vender sus órganos para paliar su mala situación económica, esa en la que no pueden satisfacer sus necesidades básicas si no es vendiendo sus órganos. Por tanto, entiendo que el argumento del consentimiento viciado es el mismo que el de la coacción. Ahora bien, el defecto del consentimiento, o la coacción que lo provoca, podrían derivar del mero hecho del intercambio mercantil

[34] Sandel, 2013: 115.

en condiciones de desigualdad, como parece sugerir SANDEL, pero también podrían hacerlo de la injusticia del precio o de la naturaleza de lo intercambiado, y entiendo que esto justifica una evaluación separada de cada una de estas posibles causas del daño moral.

En cuanto a la explotación, hay al menos dos posibles interpretaciones del concepto que son relevantes aquí. En primer lugar, cabe pensar que quien vende un órgano está siendo explotado por quien lo compra (en primera instancia) o por quien lo recibe (en última instancia), en el kantiano sentido de que está siendo considerado como un medio y no como un fin en sí mismo o, de manera más amplia, en el sentido de que se produce un aprovechamiento ilegítimo de una persona por parte de otra[35]. Esta primera interpretación de la explotación podemos dejarla aquí de lado porque o bien tiene que ver con el que he llamado el argumento de la degradación (y atisba aquí la sospecha de que ambos argumentos, el de la desigualdad y el de la degradación, no pueden desligarse el uno del otro, pero tendré que dejar esto de lado por el momento), o bien confluye con la segunda interpretación, cuando el aprovechamiento ilegítimo se produce como consecuencia de una «disparidad de valor» en un intercambio[36].

En segundo lugar, y seguramente como una instancia concreta de la anterior, la explotación parece consistir en la existencia de un resultado desigual en un intercambio mercantil, es decir, en el hecho de que una parte se ve más favorecida que la otra. En el caso típico del trabajo asalariado, tal como es analizado por MARX, la explotación radica en que hay una diferencia (la plusvalía) entre lo que el empresario paga al trabajador (el salario, o precio de su trabajo, o su valor de mercado) y lo que el empresario obtiene del trabajador (el valor de mercado del producto de su trabajo)[37]. En el caso de la venta de órganos, el análisis sería equivalente: el órgano vale más que el precio que se paga por él. Si esto es así, entonces hay explotación. Aquí no ha de importar que el comprador del órgano (por ejemplo, el *National Health Service* o institución equivalente) y su destinatario final (a quien se trasplanta el órgano) sean distintos, como en el modelo de ERIN y HARRIS. Esto sería relevante al efecto de determinar quién es el explotador (si el NHS, el destinatario final del órgano, o los dos), pero no al efecto de determinar si hay explotación o no, algo que dependerá solo de que el precio pagado por el órgano sea menor que su valor.

Claro está que aquí nos enfrentamos con el problema de que, a diferencia del trabajo y de su producto, que tienen valores de mercado más o menos identificables, en el caso de la venta de órganos podemos identificar el precio pagado por el órgano, pero no es tan fácil identificar el otro «precio» con el que habría que compararlo, puesto que el comprador del órgano no lo venderá a su vez, ni lo utilizará para ninguna actividad de mercado, sino que lo distribuirá de acuerdo con otro tipo de criterios; ni tampoco el destinatario final del órgano «hará negocio» con él, más allá de salvar su vida o de mejorar su salud. Aun así, entiendo que sería posible determinar un «precio» con el que comparar el obtenido por la venta del órgano a fin de establecer si hay o no explotación: un precio que podría tener en cuenta la vida que se salva,

[35] HARRIS, 1998: 168 y ss.; FABRE, 2006: 142.
[36] HARRIS, 1998: 176.
[37] MARX, 1976: I, 193 y ss.

o la mejora de la salud, o el potencial lucro emergente del sujeto beneficiado, o el ahorro de costes sanitarios que representa un trasplante respecto de otras terapias alternativas.

Será este segundo y más restringido sentido de la explotación el que me ocupe aquí (insisto: no porque el primero y más genérico no sea relevante, sino porque parece vinculado más bien con el argumento de la corrupción, si es que no se concreta en este segundo), y de nuevo entiendo que, como en el caso de la falta de consentimiento o presencia de coacción, para examinar la concurrencia de explotación en la venta de órganos convendrá diferenciar entre la que derivaría del intercambio como tal, la que derivaría del precio o la que derivaría de la naturaleza de lo vendido.

6. LA DESIGUALDAD DE LOS INTERCAMBIOS MERCANTILES

La fuerza del argumento de la desigualdad puede residir en que hay intercambios injustamente desiguales, porque se producen digamos entre una parte débil (por su mala situación económica) y una parte fuerte (por su buena situación económica), y en estos casos la parte débil o bien no está en condiciones de prestar un consentimiento válido porque está siendo coaccionada (luego no actúa de manera autónoma), o bien es explotada por la parte fuerte. Ahora bien, si el intercambio es injustamente desigual debido a que existe ese desequilibrio entre las partes, entonces el argumento vale para cualquier intercambio que se produzca entre ellas, esto es, se trata de un argumento formulado en general contra los intercambios entre sujetos desiguales por razón de su distinta capacidad o situación económica, es decir, los intercambios que son típicos de una sociedad al menos parcialmente mercantil, en la que buena parte de los bienes y de los servicios se intercambian en esas condiciones.

Por eso, del mismo modo que se argumenta por esta vía contra la venta de órganos, cabría argumentar, por ejemplo, contra la venta de ciertos tipos de trabajo (o incluso contra el trabajo asalariado en general). Supongamos que una persona X en mala situación económica acepta un puesto de cajero de supermercado, y supongamos que esa persona no hubiera aceptado ese puesto de trabajo si no fuera por esa su mala situación económica, que le impide satisfacer sus necesidades básicas si no es a través del salario que percibirá. Supongamos también que no tiene alternativas laborales mejores, sino acaso equivalentes (otros puestos de trabajo que podamos valorar del mismo modo que el de cajero de supermercado, por su carácter subalterno, mecánico, alienante, o como se quiera calificar).

En un caso como este, cabría afirmar, simultánea o alternativamente: 1) que el consentimiento de X no es válido, o es débil, porque X no aceptaría un trabajo como ese si no fuera por su mala situación económica; 2) que X está siendo coaccionado, esto es, obligado a aceptar ese trabajo, porque, si no lo hiciera, no podría satisfacer sus necesidades básicas, y 3) que X está siendo explotado, puesto que, a cambio de su trabajo, recibe una compensación monetaria por definición de menor valor. Todo esto podría discutirse; pero lo que importa ahora es darse cuenta de que la discusión no giraría particularmente en torno a la venta de órganos, sino de cualesquiera otros bienes o servicios en condiciones de desigualdad económica previa.

En consecuencia, así concebido, entiendo que el argumento de la desigualdad prueba demasiado: en realidad, es un argumento contra el mercado en general, bajo condiciones de desigualdad económica. Esto, por supuesto, no convierte en inválido el argumento, pero sí en trivial: si resulta que cualquier intercambio mercantil en condiciones de desigualdad es injusto, entonces también es injusta la venta de órganos en esas mismas condiciones, pero esta conclusión sería un corolario evidente y ya no problemático. Sin embargo, quienes manejan este argumento suelen dar por supuesta la existencia de una sociedad con mercado, esto es, la posibilidad de que la producción y distribución de bienes y servicios se someta a un régimen mercantil; y lo que pretenden es justificar que la obtención y distribución de los órganos (pero no necesariamente de cualquier otra cosa) debe quedar fuera del mercado. Si esto es así, entonces el argumento prueba demasiado porque nos obliga a renunciar a una de nuestras premisas (la existencia de lo mercantil) y nos aboca a una implausible «satanización indiscriminada del mercado»[38]. O, dicho de otro modo, el argumento no convencerá a quienes sean partidarios del mercado, y no aportará nada nuevo a quienes no lo sean, puesto que no será más que una versión particular de un argumento más general que ellos ya han dado por bueno.

Desde luego, gran parte de la discusión que nos ocupa gira en torno al tipo de bienes o servicios que son adecuados para ser comprados y vendidos en el mercado, lo cual supone, repito, que unos deben (o pueden) serlo, y otros no[39]; pero cuando nos ponemos en esta tesitura, la cuestión ya no es la desigualdad del intercambio como tal, sino que esa desigualdad afecte al particular tipo de bien que son los órganos humanos. Y esto nos lleva al otro argumento, el de la degradación, corrupción o indignidad, que requiere examinar cuál sea la naturaleza específica de los órganos humanos y determinar si esa naturaleza los hace específicamente ineptos para constituirse en objetos de tráfico mercantil.

Por otra parte, los partidarios de la venta de órganos pueden (y suelen) razonar así[40]: no es la posibilidad de vender los órganos la que genera coacción o explotación, sino la previa situación de pobreza extrema, de manera que, ya antes de la legalización de la venta de órganos, la persona X está siendo coaccionada y/o explotada, o sus decisiones mal pueden predicarse autónomas, puesto que: o X acepta opciones vitales poco valiosas (trabajar como cajero en un supermercado, por seguir con el ejemplo de antes) o no podrá satisfacer sus necesidades básicas. Que se legalice la venta de órganos no puede ser, pues, la causa de la coacción o explotación, ni puede ser condenada porque genere desigualdad, puesto que la desigualdad es previa y la coacción o explotación ya existen. En todo caso, la nueva posibilidad de vender los órganos con el fin de satisfacer necesidades básicas amplía el rango de la opciones X (que ahora podrá optar entre trabajar en el súper o vender un riñón). Desde luego, cabría aducir que lo que exige la autonomía es que X disponga de un rango de opciones valiosas[41], y ni la una ni la otra lo son; pero esto no constituye un argumento contra la venta de órganos

[38] Garzón Valdés, 1994: 164.

[39] Algunas instancias significativas de esa discusión se encuentran en Walzer, 1983; Anderson, 1993; Radin, 1996; Satz, 2010; Sandel, 2013.

[40] Radcliffe Richards, 1996: 380 y 391; Wicks, 2016: 149.

[41] Raz, 1986: 372-373; Nino, 1989: 204-205; o Sen, 1993: 34, y 1997: 136.

en particular, puesto que no cuestiona el hecho de que, desde el punto de vista de la autonomía, siempre será mejor elegir entre dos males de distinta naturaleza que simplemente estar abocado a uno de ellos. Por eso, como veíamos, se insiste en que negar (a los pobres) la posibilidad de vender sus órganos para solventar sus carencias constituye un mal añadido a su pobreza, y es difícil cuestionar esta afirmación si no se entra a valorar la naturaleza específica de esa peculiar venta.

Un caso análogo, que quizá nos permite comprender mejor de qué se trata aquí, es el del trabajo infantil. Hay quienes critican la expansión del trabajo infantil en ciertos países, porque supone coacción y explotación de los niños. Sin embargo, sus partidarios sostienen que esos niños están mejor cuando pueden trabajar que cuando no pueden, dado que, si no pueden, no podrán salir de la miseria por otros medios. En tanto que no dispongan de esos otros medios, la posibilidad de trabajar no lesiona (más) su autonomía o, en general, su bienestar, sino todo lo contrario. O, por decirlo crudamente, entre morir de hambre sin trabajar y sobrevivir trabajando, la segunda posibilidad es mejor (aunque uno sea un niño). También en este caso no queda más remedio que reflexionar acerca del mal *específico* que supone el trabajo infantil si se quieren encontrar argumentos para combatirlo, pues no bastarán invocaciones más genéricas. Que la naturaleza particularmente odiosa del trabajo infantil sea más evidente que la naturaleza (acaso) igualmente odiosa de la venta de órganos, lo único que pone de relieve es que nuestras convicciones acerca del sentido de la infancia son más claras o más sólidas que aquellas que tenemos acerca del sentido de lo corporal.

7. LA DESIGUALDAD DERIVADA DE UN PRECIO INJUSTO

El argumento de la desigualdad admite una segunda versión, de acuerdo con la cual el problema de la venta de órganos no radica en el hecho del intercambio mercantil en sí, sino en uno de sus elementos: el precio. En este caso, lo que se aduce es que la venta de órganos sería injustamente desigual porque el precio sería demasiado bajo y, por tanto, generaría explotación del vendedor por parte del comprador, puesto que el primero obtendría más de lo que obtendría el segundo: el órgano *valdría* más que el precio que se ha pagado por él. Por supuesto, la validez de esta versión del argumento depende de que, en efecto, el precio sea demasiado bajo. Dos preguntas surgen inmediatamente. La primera: ¿cuándo es bajo el precio de un órgano? Y la segunda: ¿será necesariamente bajo el precio que alcanzarán los órganos en el mercado?

El precio de un órgano será bajo cuando sea menor que el precio «justo». No puedo ocuparme aquí en profundidad de una categoría tan problemática como esta. En todo caso, asumiré que el precio justo de un bien o servicio no es su precio de mercado, entendido como el resultado de la libre confluencia de la oferta y la demanda. Esto, por tres razones: en primer lugar, porque la percepción que tenemos de la idea del «precio justo» es la de un precio con el que comparar el precio de mercado, para poder calificar a este como alto o bajo (cuestión aparte es la de si tiene sentido dicha comparación, al menos en determinados ámbitos del mercado; pero, si no la tuviera, la propia categoría del precio justo perdería su interés). En segundo lugar, porque el precio justo, en tanto que justo, parece tener que basarse en consideraciones de justicia, que requieren ir más

allá de las dinámicas del mercado (que no dependen de ese tipo de consideraciones) y preguntarse por el valor intrínseco de un bien o servicio y por el esfuerzo que le supone a un sujeto su adquisición. Así, por ejemplo, cuando se dice que el precio de la vivienda es demasiado elevado (y, por tanto, injusto), suele hacerse teniendo en cuenta el carácter de la vivienda como bien de primera necesidad, y la relación entre los ingresos de una persona y la parte de ellos que ha de dedicar a su compra o alquiler, factores estos que, en principio, quedan al margen de la relación entre la oferta y la demanda. En tercer lugar, porque, quizá como consecuencia de lo anterior, hay instancias bien conocidas de precios mínimos o máximos fijados por las autoridades públicas con el fin de evitar que rija el precio de mercado, considerado injusto. El salario mínimo o las tarifas máximas de suministro eléctrico bastan para ejemplificar el fenómeno.

Aun asumiendo que haya tal cosa como un precio justo, no resulta fácil fijarlo para los órganos humanos, quizá precisamente porque no partimos de referencia alguna, o de muy pocas. Un intento es el de Becker y Elías. En realidad, estos autores no manejan la categoría de «precio justo», sino que se preguntan «cuánto hay que pagar para inducir a un individuo a vender un órgano»[42]; pero, teniendo en cuenta el tipo de respuesta que articulan, podemos dar por bueno que se trata de un intento de fijar un precio justo. En efecto, para responder, agregan tres cantidades, que responden a otras tantas compensaciones monetarias por: i) el riesgo de muerte; ii) el tiempo perdido durante la convalecencia posterior a la extracción, y iii) el riesgo de una reducción de la calidad de vida. Según sus cálculos, el precio de un riñón rondaría los 15.000 dólares y el de un segmento de hígado los 37.000[43].

¿Es justo este precio? ¿O parece demasiado alto o demasiado bajo? Es difícil decirlo. A bote pronto, llama la atención que el precio de un riñón sea equivalente al de, por ejemplo, un vehículo utilitario, porque uno bien podría pensar que el valor del riñón es superior al del vehículo y que, por tanto, se trata de un precio bajo. Desde luego, teniendo en cuenta el nivel de los salarios en Estados Unidos (o incluso en España, para el caso), es difícil pensar que con ese precio se evitara que fueran exclusivamente los pobres quienes se plantearan vender su riñón[44]. Es decir, que quizá se produciría el efecto que tanto temen los adversarios del mercado de órganos: una desigualdad muy acentuada, si resulta que la opción de vender un riñón fuera solo atractiva para los pobres; en este caso, bien podríamos decir que los pobres están siendo explotados.

Claro está que, precisamente por considerar bajo ese precio, podemos pensar que otros precios superiores no serían bajos, sino justos, al menos en algún sentido, y una

---

[42] Becker y Elías, 2007: 9.

[43] Becker y Elías admiten que su cálculo depende de estimaciones discutibles y que, en función de otras estimaciones, el precio del riñón podría establecerse entre 7.000 y 28.000 dólares, y el del fragmento de hígado entre 18.000 y 69.000 (Becker y Elías, 2007: 15). Para el caso de los riñones, estas cifras se mantienen similares (entre 5.000 y 25.000 dólares) en una fecha posterior (Becker y Elías, 2014: 4). Que un riñón llegase a alcanzar un precio de 5,8 millones de dólares en e-Bay, hasta que el gobierno americano ordenó la clausura de la subasta (Satz, 2010: 192) no deja de ser anecdótico y poco significativo, precisamente porque no existe un mercado legal y regulado de órganos.

[44] El salario medio en Estados Unidos, en 2017, fue de 44.564 dólares, según la *web thebalancecareers.com.* 23.156 euros fue el salario medio en España en 2018, según datos del INE (unos 25.700 dólares al cambio actual).

buena señal de esa justicia sería que quienes disfrutan de una posición acomodada se plantearan vender un riñón no para cubrir sus necesidades básicas (que ya tendrían satisfechas por otros medios), sino para satisfacer otros planes de vida más caros, inasequibles para ellos con esos medios ordinarios. Podríamos decir que el precio de un órgano sería justo si amplía las oportunidades vitales no ya solo de los pobres, sino de la mayoría de los ciudadanos. Pensemos, por ejemplo, en un precio de 60.000 euros para un riñón, que cuatriplica el estipulado por BECKER y ELÍAS. Es cierto que, desde su punto de vista, quizá sería un precio demasiado alto, teniendo en cuenta que otra variable que consideran a la hora de proponer un mercado de órganos es que el precio del órgano no tenga un impacto muy grande en el coste del trasplante. En efecto, este coste lo estiman en unos 160.000 dólares[45], con lo que solo aumentaría en poco menos del 10 por 100 si hubiera que pagar el riñón a 15.000 dólares, pero en cerca del 40 por 100 si hubiera que pagarlo a 60.000[46]. Aun así, si tomáramos en cuenta también la reducción de costes sanitarios y de otro tipo que supondría la reducción del tiempo de espera de un trasplante (debida al aumento de la oferta de órganos), quizá ese precio sería asumible.

Pues bien, en este caso, el señor X, que gana (supongamos) unos 15.000 euros anuales en el supermercado donde trabaja, tendría la opción de abandonar ese empleo durante cuatro años para dedicarse a otras actividades más valiosas; pero también un funcionario público que tuviera un sueldo de 30.000 euros anuales (bastante por encima del salario medio español) podría optar por pedir una excedencia de dos años para escribir esa novela que lleva pergeñando tanto tiempo, o para dar esa vuelta al mundo con la que tanto ha soñado, o por seguir trabajando y pagar los estudios de su hijo en una universidad extranjera. Parecería que el señor X o ese funcionario público (y con ellos la mayor parte de la población) están ganando libertad, pues se les abren oportunidades vitales valiosas que antes no tenían. ¿Podríamos seguir afirmando que uno u otro, o los dos, están siendo explotados? Lo dudo[47]. Es decir, si podemos concluir que un cierto precio es «justo», entonces el argumento de la desigualdad (o de la explotación) no sería válido[48]. O, como sostiene Cécile FABRE, «no es plausible pensar que *ninguna* cantidad de dinero puede compensar la pérdida de un riñón, sangre o una córnea»[49].

Desde luego, habrá quien se oponga a esta última opinión, con el argumento de que ningún precio que se fije para un órgano humano, por alto que sea, puede ser justo, porque el valor de los órganos humanos no se puede pagar con dinero (esto es, los órganos humanos *no tienen precio*). Esta forma de pensar recuerda por ejemplo la idea de pluralidad de las «esferas de la justicia» de Michael WALZER, la del pluralismo

---

[45] BECKER y ELÍAS, 2007: 9 y 12.

[46] En un país como España, ese precio de 60.000 euros para un riñón sería aún más alto, no solo porque los salarios (y seguramente el coste de la vida) son más bajos, sino porque el coste estimado para un trasplante de riñón es sensiblemente más bajo, precisamente unos 60.000 euros, con lo que estaríamos doblando ese coste.

[47] Los que no duden todavía pueden preguntarse si habría explotación en el caso de que la venta de un riñón, en vez de con una cantidad única de dinero, se pagara con un ingreso mensual de por vida equivalente al salario mínimo, siendo su percepción compatible con cualesquiera otras.

[48] WILKINSON, 2003: 131-132.

[49] FABRE, 2006: 143.

de lo valorativo de Elizabeth ANDERSON, o la de que hay cosas que el dinero no puede comprar, de Michael SANDEL[50]. Si así se juzga, resulta que el valor de un órgano no puede hacerse equivaler con precio alguno, porque no es «conmensurable»[51]; pero en este caso entramos claramente en otro terreno argumentativo, el que basa la oposición a la venta de órganos en la degradación que pueden sufrir determinados bienes cuando se les pone un precio. Siendo así, el argumento de la desigualdad se diluye en el argumento de la degradación, es decir, no se sostiene por sí mismo.

Quienes, en cambio, sí crean que el precio es relevante a la hora de valorar la justicia o injusticia del comercio de órganos, puesto que cabe la posibilidad de establecer un precio justo, habrán de preguntarse a continuación si un precio tal es posible o si, por el contrario, será inevitablemente bajo y, por tanto, dará lugar a explotación. El temor que late en esta pregunta es el de que haya el suficiente número de personas desesperadas por su mala situación económica como para ofrecer sus órganos a precios demasiado bajos. Sin embargo, en un modelo como el de ERIN y HARRIS, estamos en condiciones de evitar esa posible explotación mediante la fijación pública de los precios, del mismo modo que se fija un salario mínimo o tarifas máximas para suministros básicos. El hecho de que el comprador de los órganos sea único y público, que es uno de los elementos de ese modelo, facilita el establecimiento de un precio único y justo (siempre según la suposición de que un precio justo sea posible) y, por otra parte, no hay nada de inconsistente en que los ciudadanos tengan el derecho de vender sus órganos pero no tengan el derecho de fijar el precio[52]. En cambio, en una propuesta como la de BECKER y ELÍAS, donde el criterio para la fijación del precio es «cómo inducir» a un individuo a vender un órgano, el peligro de que el precio sea demasiado bajo existe; y creo que muchos lectores coincidirán conmigo en que los 15.000 dólares que sugieren confirman ese peligro.

En definitiva, si el problema es el precio, el argumento de la desigualdad contra el comercio de órganos prueba demasiado poco: solo prueba que tal comercio generaría una desigualdad injusta si el precio que alcanzaran los órganos en el mercado fuera demasiado bajo; pero esta consecuencia puede predicarse de muchos otros tipos de comercio, y además tenemos medios para combatirla cuya eficacia ha sido ya probada. Es más: si nuestro principal temor es que los pobres sean explotados *porque* van a recibir un precio muy bajo a cambio de su órgano (y no por otras razones), diría que la legalización es mejor que el mercado negro porque permite controlar mejor los precios[53].

8. LA DESIGUALDAD VINCULADA CON LA NATURALEZA ESPECÍFICA DE LO CORPORAL

Hay todavía una tercera forma de entender el argumento de la desigualdad, de acuerdo con la cual el problema de la venta de órganos no radica en que sea una venta,

[50] WALZER, 1983; ANDERSON, 1993; SANDEL, 2013.
[51] RADIN, 1996: 8.
[52] FABRE, 2006: 150.
[53] RIVERA LÓPEZ, 2001: 170.

o en que el precio sea o pueda ser demasiado bajo, sino en que lo sea *de órganos*. Ahora lo que se alega es que quien vende un órgano no está en condiciones de emitir un consentimiento válido, o que lo vende porque está siendo coaccionado por su situación o por el estímulo económico, o que está siendo explotado por los compradores o los receptores del órgano. Todo ello, no porque se trate de una transacción mercantil o porque el vendedor no obtenga un precio equivalente al valor real de lo que vende, sino porque se trata de partes del cuerpo humano, y que unos pongan su cuerpo a disposición de otros a cambio de un precio genera una injusta desigualdad, una singular forma de explotación, que no debería permitirse.

En esta tercera versión, el argumento de la desigualdad no prueba nada porque su validez depende por entero de un juicio sobre la naturaleza y el valor intrínsecos de lo corporal, que nos haga ver que resulta particularmente inapropiado para el intercambio mercantil porque genera una distorsión de esa naturaleza y ese valor. Si este fuera el caso, entiendo que el problema del comercio de órganos no radicaría tanto en algún tipo de desigualdad, sino en la articulación de relaciones sociales que generan una falta de respeto por nuestros cuerpos (el propio y los ajenos), que nos impiden apreciar su sentido. En consecuencia, es de este sentido del que hay que ocuparse en primer lugar, y solo secundariamente de una posible desigualdad derivada de ignorarlo. En otros términos, esta versión del argumento de la desigualdad parece más bien una versión oculta del argumento de la degradación.

Hasta aquí, mi intención ha sido mostrar que oponerse a un mercado de órganos no es fácil si recurrimos solo a la idea de la desigualdad y a las que podemos vincular con ella (consentimiento viciado, coacción, explotación), y siempre y cuando ese mercado se configure adecuadamente. Sin embargo, Anne PHILLIPS ha insistido en que es precisamente la desigualdad, y no cualquier consideración sobre el valor intrínseco de lo corporal, lo que convierte al mercado de órganos en una práctica indeseable. De hecho, a su juicio, cualquier argumento basado en ese supuesto valor intrínseco está condenado a fracasar, puesto que somos seres «encarnados» (*embodied*) y eso implica que nuestro cuerpo está implicado en cualquier actividad que llevemos a cabo. Por eso:

> Es difícil establecer distinciones claras entre actividades que involucran el cuerpo y las que «solo» involucran la mente; difícil, por tanto, justificar la prohibición del pago por servicios explícitamente corporales mientras lo aprobamos para aquellos en los que el cuerpo es más incidental [...]. No tendría sentido imponer un embargo sobre cualesquiera intercambios monetarios que involucren «el cuerpo», porque hacer eso supondría un embargo sobre cualquier tipo de contrato laboral [...]. No es tan fácil señalar qué es lo que hace al cuerpo tan especial, o provee la piedra angular para separar el comercio legítimo del ilegítimo[54].

Siendo así, ¿cuál es el problema con la venta de órganos y con otras actividades que solemos vincular especialmente con lo corporal, como la prostitución o la maternidad subrogada? Es la desigualdad, conviene la autora, pero una desigualdad peculiar, en el sentido de que es necesaria, y no contingente, para la existencia de un mercado de órganos, a diferencia de otros mercados. Es decir, otros mercados son criticados porque se desenvuelven en las actuales condiciones de desigualdad, pero podemos

[54] PHILLIPS, 2011: 733.

suponer que seguirían existiendo incluso en condiciones ideales de igualdad, porque expresarían la opción de cada uno por la especialización en la prestación de uno u otro tipo de servicio a los demás, una especialización del trabajo que requiere la existencia de un mecanismo de intercambio como el mercado. En cambio, en esa situación ideal de igualdad, nadie se especializaría en la venta de su propio cuerpo, dado que «todos tenemos un cuerpo». Por tanto:

> En un mundo imaginario de igualdad social, económica y de género, ¿por qué algunos optarían, entre todas las actividades posibles, por especializarse en la venta de riñones? Es difícil concebir lo que, en esas circunstancias, podría animar a alguien a venderlos [...]. Cuesta ver por qué surgiría un mercado de órganos humanos o servicios corporales, si no es porque hay desigualdad[55].

El argumento de la profesora de la LSE parece ser, pues, el siguiente: si un mercado de órganos no surgiría espontáneamente en condiciones de igualdad, entonces resulta que ese mercado, a diferencia de otros, tiene una vinculación necesaria con la desigualdad, lo cual lo convierte en cuestionable. La validez de este argumento ha de residir en que sea cierto que nadie, en esas condiciones de igualdad, estaría dispuesto a vender sus órganos. Ahora bien, para justificar esta afirmación no podemos apoyarnos en consideraciones empíricas (puesto que no hemos conocido una situación tal de igualdad), sino en consideraciones sobre nuestra humana forma de ser. La única que aduce PHILLIPS es que «todos tenemos un cuerpo», con lo que sería extraño que empleáramos nuestra libertad en «especializarnos» en una tarea (la de vender órganos) que nada tiene de especial, que en verdad no nos especializa, a diferencia del diseño de páginas *web*, la carpintería, el masaje o el atletismo, actividades todas ellas que involucran el cuerpo en distintas medidas, pero que van siempre más allá de la mera puesta a disposición de nuestro cuerpo al servicio de otros.

Esta forma de razonar no me parece convincente, precisamente porque no se explica a satisfacción el porqué de esta renuencia a la venta de órganos. Por el contrario, cabría imaginar al menos dos motivos que explicaran por qué alguien querría vender sus órganos. Uno sería que aquello en lo que uno quiere especializarse en ejercicio de su libertad de elección no tuviera valor alguno de mercado (no tuviera interés para los demás) y, para mantener esa especialización y poder seguir disfrutando de ella, buscara otro medio para satisfacer sus necesidades. Otro sería que tuviéramos deseos particularmente caros que requirieran la arrogación de recursos adicionales a los que obtenemos por la ordinaria vía de la especialización, y esto dando por supuesto que todas nuestras necesidades básicas estuvieran satisfechas por esta vía. Ante la posibilidad de casos como estos, ¿por qué un mercado de órganos nos impulsa a concebirnos como «individuos separados» (*beings apart*) en vez de vinculados? ¿Por qué el efecto de un mercado de órganos es el de «negar nuestra igualdad moral»?[56]. A mi juicio, la respuesta no puede residir más que en la especial naturaleza de lo corporal, esa que PHILLIPS ha empezado por rechazar. Sin tenerla en cuenta, es difícil comprender por qué, en condiciones ideales de igualdad, algunos de nosotros no íbamos a estar dispuestos a vender nuestros órganos. Por eso, tampoco en esta versión resulta convincente el argumento de la desigualdad.

---

[55] *Ibid.,* 738.
[56] PHILLIPS, 2011: 738 y 739.

9. CONCLUSIÓN

Un mercado de órganos configurado de acuerdo con principios de justicia (comprador único y público, circunscripción al ámbito de un solo estado, precio único y justo, distribución de los órganos según criterios estrictamente sanitarios) tiene a su favor una presunción de legitimidad, basada en el argumento de que contribuye a salvar vidas humanas y a mejorar la salud de muchos enfermos. Para desvirtuar esta presunción, se han formulado argumentos vinculados con la desigualdad social y argumentos vinculados con la degradación del valor de lo corporal. Si mi análisis es correcto, ningún argumento del primer tipo (como los que invocan la falta de consentimiento, la coacción o la explotación) resulta suficiente por sí mismo, porque ninguno de ellos acredita que tales daños a la justicia hayan de producirse necesariamente. Es decir, un mercado de órganos podría diseñarse para evitarlos. Por tanto, quien tenga la intención de justificar su negativa a la comercialización de los órganos humanos deberá buscar no por el lado de la desigualdad que genera, o de la que se aprovecha, sino por el lado de la posible falta de respeto que supone para la naturaleza o sentido de lo humano corporal, y la consiguiente degradación de su valor.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, E. S., 1993: *Value in Ethics and Economics*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

ARROW, K. J., 1972: «Gifts and Exchanges», *Philosophy and Public Affairs,* 1, 343-362.

ATIENZA, M., 2010: *Bioética, Derecho y argumentación*, Lima y Bogotá: Temis.

BECKER, G., y ELÍAS, J. J., 2007: «Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations», *Journal of Economic Perspectives,* 21, 3-24.

— 2014: «Cash for Kidneys: The Case for a Market for Organs», *Wall Street Journal*, 18 de enero.

BUISAN, L.; GARCÍA MANRIQUE, R.; MAUTONE, M., y NAVARRO, M., 2011: *Documento sobre trasplante de órganos de donante vivo*, Barcelona: Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona.

CASADO GONZÁLEZ, M., 2016: «¿Gratuidad o precio? Sobre el cuerpo humano como recurso», en M. CASADO (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México: Fontamara, 15-32 (reeditado en 2017 por Ediciones de la Universidad de Barcelona).

CUADROS AGUILERA, P., 2017: «*Salus populi*, principio de no lucro y deber cívico de donar sangre», *Revista de Bioética y Derecho,* 40, 115-124.

— 2018: *La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación*, Cizur Menor: Civitas.

DE LORA, P., 2011: «Justicia y distribución de recursos. El caso de los trasplantes de órganos y tejidos», en M. GASCÓN ABELLÁN, M. C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ (coords.), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1013-1029.

— 2012: «El trasplante de órganos y el "caso del tranvía". ¿Por qué no confiscamos órganos de cadáver?», *Jueces para la Democracia,* 74, 11-25.

— 2018: «Gestar para otros: una ecografía de las falacias», *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 28, 75-86.

ERIN, C. A., y HARRIS, J., 1994: «A monopsonistic market, or how to buy and sell human organs tissues and cells ethically», en I. ROBINSON (ed.), *Life and death under high technology medicine*, Manchester: Manchester University Press, 134-153.

— 2002: «An ethically defensible market in organs. A single buyer like the NHS is an answer», *British Medical Journal,* 325, 114-115.

— 2003: «An ethical market in human organs», *Journal of Medical Ethics,* 29, 137-138.

ESCOBAR ROCA, G., 2018a: «El estatuto constitucional del cuerpo humano, entre libertad y dignidad», en R. GARCÍA MANRIQUE (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Cizur Menor: Civitas, 53-79.

— 2018b: *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Madrid: Marcial Pons.

FABRE, C., 2006: *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Body*, Oxford: Clarendon.

GARCÍA MANRIQUE, R., 2016: «¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada del cuerpo humano», en M. CASADO (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México: Fontamara, 103-132 (reeditado en 2017 por Ediciones de la Universidad de Barcelona).

— 2018a: «Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos», en R. GARCÍA MANRIQUE (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos,* Cizur Menor: Civitas, 119-151.

— 2018b: «La dimensión corporal de la ciudadanía», en R. GARCÍA MANRIQUE (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Cizur Menor: Civitas, 13-32.

GARZÓN VALDÉS, E., 1994: «Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos», *Isonomía,* 1, 151-189.

HARRIS, J., 1998: *Supermán y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, Madrid: Tecnos.

MAHDAVI-MAZDEH, M., 2012: «The Iranian model of living renal transplantation», *Kidney International,* 82, 627-634.

MARX, K., 1976: *El Capital: crítica de la economía política*, Barcelona: Grijalbo.

MATESANZ, R., 2018: «Irán: un mercado regulado de órganos», *20 minutos*, 14 de marzo.

MÉNDEZ BAIGES, V., 2018: «En manos del legislador: acerca del estatuto jurídico de los materiales biológicos de origen humano», en R. GARCÍA MANRIQUE (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Cizur Menor: Civitas, 33-51.

MOYA GUILLEM, C., 2015: «¿Límites justificados a la autonomía individual? A propósito de la prohibición penal del comercio de órganos humanos», en A. DOVAL PAÍS (dir.) y C. MOYA GUILLEM (coord.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Cizur Menor: Aranzadi, 45-66.

NINO, C. S., 1989: *Ética y derechos humanos,* Barcelona: Ariel.

PASCUAL MEDRANO, A., 2018: «La interminable configuración del derecho a la integridad física», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 114, 47-72.

PHILLIPS, A., 2011: «It's My Body and I'll Do What I Like With It: Bodies as Objects and Property», *Political Theory,* 39: 724-748.

PONS RAFOLS, X., 2016: «Nuevos desarrollos en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos: el Convenio de Santiago de Compostela», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 31, 1-36.

PUYOL, Á., 2019: «Ética, solidaridad y donación de sangre. Cuatro perspectivas a debate», *Revista de Bioética y Derecho,* 45, 43-58.

RADCLIFFE RICHARDS, J., 1996: «Nephrarious goings on», *The Journal of Medicine and Philosophy,* 21, 375-416.

— 2003: «Commentary. An ethical markets in human organs», *Journal of Medical Ethics,* 29, 139-140.

RADIN, M., 1996: *Contested Commodities*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

RAZ, J., 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.

RIVERA LÓPEZ, E., 2001: *Ética y trasplantes de órganos,* México, D. F.: UNAM y Fondo de Cultura Económica.

ROTHMAN, S. M., y ROTHMAN, D. J., 2006: «The Hidden Cost of Organ Sale», *American Journal of Transplantation,* 6, 1524-1528.

SANDEL, M., 2011: *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?,* Barcelona: Debate.

— 2013: *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Barcelona: Debate.

SATZ, D., 2010: *Why Some Things Should Not Be for Sale? The Moral Limits of Markets*, Oxford: Oxford University Press.

SAVULESCU, J., 2003: «Is the sale of body parts wrong?», *Journal of Medical Ethics,* 29, 138-139.

SEN, A., 1993: «Capability and Well-being», en A. SEN y M. NUSSBAUM (eds.), *The Quality of Life*, Oxford: Oxford University Press.

— 1997: *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona: Paidós.

SINGER, P., 1973: «Altruism and Commerce: A Defense of Titmuss against Arrow», *Philosophy and Public Affairs,* 2, 312-320.

SUNSTEIN, C. R., 2019: *On Freedom*, Princeton y Oxford: Princeton University Press.

TITMUSS, R. M., 1973 [1970]: *The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy*, Harmondsworth: Penguin.

WALZER, M., 1983: *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism & Equality*, Oxford: Blackwell.

WICKS, E., 2016: *The State and the Body. Legal Regulation of Bodily Autonomy*, Oxford: Hart.

WILKINSON, S., 2003: *Bodies for sale. Ethics and Exploitation in the Human Body Trade*, London: Routledge.

— 2015: «The Sale of Human Organs», *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (online).

NOTAS

«LA CASA», METÁFORA EDILICIA CONSTITUCIONAL. VARIACIONES LITERARIAS DE DISEÑO Y CRISIS CONSTRUCTIVA EN POE, CORTÁZAR Y BORGES *

José Calvo González

Universidad de Málaga
jcalvo@uma.es

RESUMEN. Estudio interdisciplinario de Cultura literaria del Derecho («Derecho y Literatura») centrado en tres cuentos (*La caída de la casa Usher*, 1839, de E. A. Poe; *Casa tomada*, 1946, de J. Cortázar, y «La casa de Asterión», 1947, de J. L. Borges) donde el uso de la expresión «casa» se presenta como una metáfora edilicia desde cuya significancia constitucional el autor prueba a distinguir lo gótico, neogótico y fantástico-mítico del diseño y crisis constitucionales respectivamente del modelo monárquico de Constitución, de la Constitución Nacional de 1853 con la «Constitución peronista» de 1949, y de la Constitución de Weimar de 1919. En relación al periodo de crisis constitucional argentina derivado del llamado «Proceso de Reorganización Nacional» (Dictadura cívico-militar, 1976-1983) y en su contexto, también recupera el relato cortaziano «Segunda vez» (1976), planteando desde él no la rectificación de un modelo constructivo imperfecto o defectivo metafóricamente identificable con la «vivienda» constitucional de 1853 o la «Constitución peronista» de 1949, sino como diseño constructivo de vacío constitucional transfigurado en «casa de los horrores». El trabajo termina con una apelación a la «Cultura literaria del Derecho» como variante latina del «Law and Literature Movement» y la aspiración a provocar un sugestivo programa de lectura crítica en torno al proyecto *Constitucionalismo y Literatura latinoamericana.*

Palabras clave: Cultura literaria del Derecho, Derecho y literatura, Derecho constitucional, crisis constitucionales, monarquía constitucional, Constitución Nacional de 1853 (Argentina), «Constitución peronista» de 1949, Constitución Weimar, Constitucionalismo y Literatura latinoamericana.

«The House», Constitutional Building Metaphor. Literary Variations of Design and Constructive Crisis in Poe, Cortázar and Borges

ABSTRACT. Interdisciplinary Study of «Law and Literature» centered on three stories (*The Fall of the House of Usher*, 1839 by E. A. Poe, *House Taken Over,* 1946, by J. Cortázar, and «The House of Asterion», 1947, J. L. Borges) where the use of the expression «house» is presented as an edilicia metaphor from whose constitutional significance the author test to distinguish the gothic, neo-gothic and fantastic-mythical design and constitutional crises respectively of the monarchical model of Constitution, the National Constitution of 1853 with the «Peronist Constitution» of 1949, and the Weimar Constitution of 1919. In relation to the period of Argentine constitutional crisis derived from the so-called «Process of National Reorganization» (Civic-Military Dictatorship, 1976-1983) and in its context, also recovers the Coriazian account «Second time» (1976), proposing not the rectification or even restructuring of an imperfect or defective constructive model

* Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2019.

metaphorically identifiable with the «constitutional housing» of the Constitution of 1853 or the Peronist of 1949, but as a constructive design of the constitutional void transfigured in «the house of horrors». The work ends with an appeal to the «Literary Culture of Law» as a Latin variant of the «Law and Literature Movement» and the aspiration to provoke a suggestive program of critical reading around the project *Constitutionalism and Latin American Literature*.

Keywords: Literary Culture of Law, Law and literature, constitutional Law, constitutional crises, constitutional monarchy, National Constitution of 1853 (Argentina), «Peronist Constitution» of 1949, Constitution Weimar, Constitutionalism and Latin American Literature.

«Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, ni los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del "derecho positivo" con las que los juristas trabajan ni nunca han encontrado allí su solución».

Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (1992)[1]

1. PREÁMBULO

El desarrollo de la ciencia jurídica europea, cuyo modelo toma punto de partida en ciencia jurídica privatista tardomedieval, alcanzará en su dimensión iuspublicista, entre finales del siglo XIX y primer tercio del XX, máximo desenvolvimiento[2]. Este periodo histórico, donde jurídico-políticamente cabe situar las grandes crisis del Estado liberal, reúne el trabajo de teorización constitucional, principalmente desde la ciencia del derecho administrativo, de un elenco extraordinario de sobresalientes juristas[3], lo que habrá de producir dos significativas transformaciones. Una es que la mirada científica va paulatinamente cambiando el que había venido siendo su enfoque más común para, en adelante, no proyectar ya como hasta entonces a la centralidad del estudio iushistórico de los grandes «monumentos» legislativos; esto es, los heredados de la tradición romanista y los nuevos surgidos de las producciones nacionales derivadas del movimiento codificador, muchos de los cuales también experimentarán durante el transcurso de la mayor parte del siglo XIX remociones parciales en procesos de modificación, e igualmente de demolición total y abrogación, además también, desde finales del siglo XX, por efecto de la «globalización jurídica»[4]. La otra innovación se deduce en un consciente planeamiento del espacio jurídico donde será decisiva la vocación «constructiva» de la arquitectura constitucio-

[1] G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), epílogo de Gregorio Peces-Barba, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, 9.

[2] Me limito a mencionar aquí solo las que, tiempo atrás, fueron algunas de mis lecturas. Así A. MAZZACANE, *I giuristi e la crisi dello Stato Liberale in Italia fra Otto e Novecento,* Napoli, Liguori Editore, 1986, y mi recensión en *Anuario de Filosofía del Derecho,* Madrid (en adelante *AFD*), VI (1989), 558-560; F. MENECHETTI, *Concezioni e metamorfosi dello Stato nell'età giolittiana,* Milano, Giuffrè, 1986, y mi recensión en *AFD* VI (1989), 561-563, y M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, y *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

[3] Baste mencionar los nombres de Hans GERBER, Paul LABAND, Rudolf SMEND o Georg JELLINEK, Carl SCHMITT, Hans KELSEN y Hermann HELLER, Raymond CARRÉ DE MALBERG, Maurice HAURIOU y Léon DUGUIT, Vittorio Emanuele ORLANDO y Santi ROMANO, Adolfo POSADA...

[4] P. GROSSI, *De la codificación a la globalización del Derecho*, present. y trad. de Rafael D. García Pérez, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

nal. La ciencia jurídica europea mirará sobre todo a *urbanizar* el campo del Derecho público mediante un diseño constructivo que ha de tener su expresión más acabada en el esfuerzo por asentar las bases teóricas y erigir las funcionalidades prácticas del *edificio constitucional*. La Ciencia del Derecho Público se interesará por la cimentación de la *lex fundamentalis* convirtiéndose, además, en un ámbito singularmente idóneo para el desenvolvimiento de reglas constructivas, de *lex artis*, capaces de determinar la mejor arquitectura técnica en materia de garantías institucionales y de plena eficacia del contenido de los derechos subjetivos. Así, por tanto, la especificidad constructiva propia de este nuevo Derecho público europeo habrá de residir —bien que apoyado en experiencias históricas ligadas a un «constitucionalismo» antiguo y medieval que trazó su planta al concretar dos grandes principios como fueron la unidad política y el mecanismo de equilibrio y límite de poder— en la idea de articular una ingeniería —resistencia material, estabilidad y cargas de tensión, fractura y aseguramiento de riesgos de colapso— de estructuras entre diversos elementos arquitecturales claves de una edificación constitucional. Pues, en efecto, el *ordenamiento jurídico constitucional del Estado* aparecerá, acudiendo a una adelantada metáfora propuesta en 1925 por Santi ROMANO (1875-1947)[5], como «un edificio, cuyas partes no solo están conectadas entre sí, sino que a menudo se presuponen unas con otras, a fin de complementarse y apoyarse mutuamente. Si por casualidad una de estas partes falla, y es esencial y necesaria para las otras que quedan, puede decirse que el edificio permanece incompleto y, a veces, hasta el punto de amenazar su entera ruina». Simbolización que en el pensamiento romaniano en absoluto fue impensada, sino que la encontraremos conscientemente expuesta en una de sus obras de recapitulación como es *Principii di diritto costituzionale generale* (1946). «La constitución, en su primer aspecto, mejor que como norma, se presenta —leeremos allí— como *un edificio o un conjunto de engranajes*, en los cuales se concreta la *estructura fundamental* de esa institución llamada Estado y, por tanto, el Estado mismo»[6].

En esta intervención contemplaré todo ese muy complejo dispositivo de transmisiones y delicadas ensambladuras que refiere la metáfora *edificio jurídico-constitucional* en la figurativa que lo presenta como *domicilio de los Derechos*; esto es, la Constitución como la *casa común* en que deben hallar soluciones de habitabilidad todos los participantes del proceso político de un Estado. No en vano es la Teoría de los Derechos la que, en mi opinión, conforma el aparejo más decisivo para la consolidación del «bloque de la constitucionalidad» integrado por reglas, los valores, principios constitucionales. En la Teoría de los Derechos —y, en concreto, de los Derechos culturales como dimensión más avanzada e intensional de aquella en tanto que *piedra angular*, si bien,

---

[5] *«Lo Stato appare come un edificio, le cui diverse parti sono non soltanto connesse fra di loro, ma spesso presupposte l'una dall'altra, in modo da completarsi a vicenda e sorreggersi scambievolmente. Se per caso una di queste parti vien meno, ed essa è essenziale e necessara per l'altre che rimangono, si può ben dire che l'edificio resta come mutilato e, talvolta, sino al punto da minacciare la sua intera rovina».* Cfr. S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale,* Modena: Facoltá di Giurisprudenza, 1925, 7. Asimismo en S. ROMANO, *Scritti minori.* Premesso un discorso commemorativo di Vittorio Emanuele Orlando, en G. ZANOBINI (ed.), Milano, Giuffrè, 1950, vol. I («Diritto Costituzionale»), 371-379, en esp. 376. También en S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, 171-185, en esp. 181.

[6] *«La costituzione, nel suo primo aspetto, meglio che come norma, si presenta come un edificio o un complesso di ingranaggi, nel quale si concreta la struttura fondamentale di quella istituzione che si chiama Stato e, quindi, lo stesso Stato».* Cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, 5.

no obstante, a menudo desechada por los edificadores—[7] se emplaza, a mi parecer, la *estabilidad dinámica de todo el edificio jurídico-constitucional*. Desde tal perspectiva, el enfoque que de ella propongo ofrecer tratará de recuperar modelos de su distinta *fábrica* recobrados en la imaginación de diferentes *casas* que en la Literatura han alcanzado, por así decirlo, categoría de *casa piloto*.

Creo que ello es hacedero porque, justo como señalara Roland BARTHES en su análisis de *La verdad sobre el Caso Valdemar* (1845) de Edgar Allan POE en la traducción de Paul VERLAINE, el texto está formado por pliegues que se despliegan en una indetenible apertura de su *significancia*[8], de modo que su análisis únicamente cabe marcarlo o clasificarlo mediante códigos —sociales, económicos, religiosos, etc.— que dan forma a sus posibles sentidos. Aquí probaré aplicar un código de tipología edificatoria en textos literarios de POE, CORTÁZAR o BORGES para abrir su significancia a un productivo diálogo con temas jurídico-constitucionales.

2. LA CONSTITUCIÓN GÓTICA

Su código constructivo me lo ofrece *La caída de la casa Usher* (1839) de Edgar Allan POE (1809-1849). Un enigmático Mr. Roderick Usher, último descendiente —junto a su hermana lady Madeline— de la saga familiar de los Usher y aquejado de una profunda debilidad nerviosa y lasitud mental, hace llegar a un desconocido narrador, amigo de la infancia, apremiante invitación para que lo visite en el solar de sus ancestros, enclavado en «una región singularmente lúgubre del país». El relato de este se inicia «al acercarse las sombras de la noche», cuando aparece a su vista la «melancólica Casa Usher». Estaríamos, pues, ante un edificio afectado de *morbus melancholicus*, lo que concierne a patologías de la pérdida y la resignación afligida en una añoranza sin regreso posible.

El edificio se nos ofrece en esta visión:

> Miré el escenario que tenía delante —la casa y el sencillo paisaje del dominio, las paredes desnudas, las ventanas como ojos vacíos, los ralos y siniestros juncos, y los escasos troncos de árboles agostados— con una fuerte depresión de ánimo únicamente comparable, como sensación terrena, al despertar del fumador de opio, la amarga caída en la existencia cotidiana, el horrible descorrerse el velo. Era una frialdad, un abatimiento, un malestar del corazón, una irremediable tristeza mental que ningún acicate de la imaginación podía desviar hacia forma alguna de lo sublime. ¿Qué era —me detuve a pensar—, qué era lo que así me desalentaba en la contemplación de la Casa Usher?[9].

---

[7] Remito a mi trabajo «Derecho a la cultura», en J. DE LUCAS y J. M. RODRÍGUEZ URIBES (coords.), *Derechos humanos y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 632-642.

[8] R. BARTHES, «Análisis textual de un cuento de Edgar Allan Poe» (1973), en *id., La Aventura semiológica*, trad. de Ramón Alcalde, Barcelona, Paidós España, 1997, 323-352, en esp. 324 y 326. En otro lugar sostendrá asimismo que «significancia» es *«le sens en ce qu'il est produit sensuellement»,* cfr. R. BARTHES, *Le Plaisir du texte*, Paris, Seuil, 1973, 93. Con todo, el concepto y teoría de «significancia» —*signifiance* en el original francés— se debe a Julia Kristeva, su discípula, quien lo enuncia como *«précisément cet engendrement illimité et jamais clos, ce fonctionnement sans arrêt des pulsions vers, dans et à travers le langage, vers, et dans et à travers l'échange et ses protagonistes: le sujet et ses institutions».* Cfr. J. KRISTEVA, *La révolution du langage poétique*, Paris, Seuil, 1974, 15.

[9] E. A. POE, «La caída de la casa Usher», en *Cuentos completos*, trad. y pról. de Julio Cortázar, pref. de Carlos Fuentes y Mario Vargas Llosa, Fernando Iwasaki-Jorge Volpi (eds.), Madrid, Editorial Páginas de

El lector ignora todavía las causas que desencadenaron toda esta degradación. Su descripción no es resultado de alguna previa inspección técnica que haya comprobado el estado del edificio y si los defectos constructivos son específicos o no. Nada significativo, en principio, conocemos de él, salvo, quizá, el estilo anacrónico del conjunto de la obra («su rasgo dominante parecía ser una excesiva antigüedad»)[10], como tampoco, sino apenas, de la magnitud de eventuales deterioros en elementos estructurales (grietas o fisuras en pilares o viguetas)[11], y de si se trata de daños aparentes o son, por el contrario, vicios ocultos capaces de explicar la aparición de aquella patología edilicia. Ni si la afectación se localiza en su planta o en su sótano, en el cerramiento superior o en el forjado, o si existen deformaciones de muros y revestimientos por asentamiento, sea por pandeo o por abaleo, o son filtraciones del cercano estanque las causantes de toda aquella ruina. Igualmente, es muy poco, en efecto, lo que sabemos acerca de la fachada o los portantes, bien que al menos sí algo sumamente significativo: la carpintería de las ventanas, «ventanas como ojos vacíos»; por dos veces se insiste que la casa tiene «vacías ventanas como ojos»[12]. Y también que en el observador acontece una revelación que —como en la yeción (*werfen*) heideggeriana del estado de arrojado o estado de yecto (*Geworfenheit*)— le despeña en el mundo («amarga caída en la existencia cotidiana») para desvelarle («el horrible descorrerse el velo») la *facticidad* ruinógena de un *edificio enfermo* —la Casa Usher— cuyo inminente colapso ninguna intervención —apuntalamiento, reparación, reforma y sustitución, rehabilitación y mantenimiento— podrá evitar.

La Constitución, desde esta *significancia*, como un edificio sumido en un proceso patógeno irreversible —el de la pérdida y la resignación afligida en una añoranza sin regreso posible— del que ya de ningún modo podrá escapar. En este sentido, el modelo edilicio constitucional de la Casa Usher —que he denominado *Constitución gótica*— hacia el que el relato de Poe transmite esa percepción de inaplazable desalojo por decrepitud y cuya fábrica amenaza inminente desplome, incluye asimismo una información relevante. El observador declara al respecto lo siguiente:

> Conocía también el hecho notabilísimo de que la estirpe de los Usher, siempre venerable, no había producido, en ningún periodo, una rama duradera; en otras palabras, que toda la familia se limitaba a la línea de descendencia directa y siempre, con insignificantes e intrascendentes variaciones, había sido así. Esta ausencia, pensé, mientras revisaba mentalmente el perfecto acuerdo del carácter de la propiedad con el que distinguía a sus habitantes, reflexionando sobre la posible influencia que la primera, a lo largo de tantos siglos, podía haber ejercido sobre los segundos, esta ausencia, quizá de ramas colaterales y a consiguiente transmisión constante de padre a hijo, del patrimonio junto con el nombre, era la que, al fin, identificaba tanto a los dos, hasta el punto de fundir el título originario de dominio en el extraño y equívoco nombre de Casa Usher, nombre que parecía incluir, entre los campesinos. Que lo usaban, la familia y la mansión familiar[13].

Espuma, 9.ª ed., 2017, 317-332, en esp. 317. Tratándose de una edición comentada, dejo constancia de que la apostilla correspondió en este caso a Álvaro Bisama, 315-316.

[10] *Ibid.*, 319

[11] «Quizá el ojo de un observador minucioso hubiera podido descubrir una fisura apenas perceptible que, extendiéndose desde el tejado del edificio, en el frente, se abría camino pared abajo, en zigzag, hasta perderse en las sombrías aguas del estanque». Cfr. 319.

[12] *Ibid.*, 318.

[13] *Ibid.*, 318-319.

Creo que el *perfecto acuerdo* entre el carácter de la propiedad y el modo de transmisión —seguramente mediante mayorazgo, institución de raigambre jurídico-feudal— del título de dominio, trasciende aquí por completo su técnica iusprivatista pudiendo ser leído en términos de Derecho público al mostrar un mecanismo inmanente de legitimación dinástica característico, muy reconocible e identificable con la genealogía de las Constituciones monárquicas en su tradición más rancia, íntimamente ligada al derecho dinástico, a la sucesión dinástica, a las dinastías históricas. La *casa* del relato de Poe, exteriormente decolorada por el tiempo[14] y cuyo mobiliario incluía, como parte del «profuso, incómodo, antiguo y destartalado» moblaje general, «fantasmagóricos trofeos heráldicos», nos situaría ante la decadencia del estándar constructivo de *casa constitucional* como *Constitución gótica*, que ya en su ocaso nos brinda el diagnóstico emocional de una *Constitución como casa melancólica*.

Así, ahora, comprendemos que la casa de «ventanas como ojos vacíos», la casa de «vacías ventanas como ojos», cobra plena *significancia* en su ceguera hacia entorno histórico, y que el interior de ella, sumido en atmósfera cerrada («sin que intervenga el soplo del aire exterior»)[15], sirve igualmente para explicar su paulatina descomposición y declive hasta representarla máximamente degenerada[16] frente a «forma alguna de lo sublime»[17]. Al señor de Usher le quedan ya solo fantasías poéticas —componer los versos de la *Balada del Palacio encantado*—[18] que solo serán «acabada conciencia» de

[14] «Grande era la decoloración producida por el tiempo». Cfr. 319.

[15] *Ibid*.

[16] Proceso degenerativo que habría alcanzado al espíritu y la fisonomía de sus habitantes. De Roderick se dice: «Estaba dominado por ciertas impresiones supersticiones relativas a la morada que ocupaba y de donde, durante muchos años, nunca se había aventurado a salir, supersticiones relativas a una influencia cuya supuesta energía fue descrita en términos demasiado sombríos para repetirlos aquí: influencia que algunas particularidades de la simple forma y material de la casa familiar habían ejercido sobre su espíritu, decía, a fuerza de soportarlas largo tiempo; efecto del *aspecto físico* de los muros y las torrecillas grises y el oscuro estanque en el cual se miraban había producido, a la larga, en la *moral* de su existencia». Cfr. 322. Y asimismo: «La palidez espectral de la piel, el brillo milagroso de los ojos, por sobre todas las cosas me sobresaltaron y aun me aterraron. El sedoso cabello, además, había crecido al descuido y, como en su desordenada textura de telaraña flotaba más que caía alrededor del rostro, me era imposible, aun haciendo un esfuerzo, relacionar su enmarañada apariencia con idea alguna de simple humanidad». Cfr. 321 (cursiva en el original).

[17] No quiero dejar sin mención el interesante trabajo de R. Lobo-Sáber, «Entre la carne y el espíritu: el sublime burkiano en "La caída de la casa Usher" de Edgar Allan Poe», *Quaestiones Disputatae: temas en debate,* 10, 20 (2017), 75-100. La teoría estética de lo sublime y diferencia con lo bello, postulada por el irlandés E. Burke (1729-1797) en su tratado *A philosophical enquiry into the origin of our ideas of the sublime and the beautiful* (1757), fue recibida en España a través de la trad. de Juan de la Dehesa Rubiano (1779-1839): *Indagación filosófica sobre el origen de nuestras ideas acerca de lo sublime y lo bello*, traducida al castellano por D. ..., catedrático de leyes de la Universidad de Alcalá, Alcalá, Oficina de la Real Universidad, 1807. La influencia de Burke entre los ilustrados españoles se encuentra —a excepción del trabajo de F. Martín Gutiérrez, «La estética de Edmund Burke en la encrucijada del prerromanticismo», *Filología moderna*, Universidad Complutense, 65-67 (1979), 39-88— poco estudiada, como incidentalmente ha señalado J. M.ª Portillo Valdés, *Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, CEC, 2000, 225. J. de la Dehesa, de declaradas ideas liberal-monárquicas, tradujo, asimismo —con expresiva dedicatoria a Cortes generales y extraordinarias el 24 de diciembre de 1812— *Constitución de Inglaterra, o sea descripción del gobierno inglés comparado con el democrático, y con las otras monarquías de Europa*, trad. del inglés por..., Oviedo, En la oficina de Pedregal, 1812, del ginebrino Jean Louis de Lolme (1740-1806). Luego de su paso por las aulas alcalaínas desempeñó funciones jurisdiccionales como magistrado de la Audiencia de Cataluña (1815), de la que igualmente fue regente (1834), además de gubernamentales por su condición de ministro de Gracia y Justicia entre febrero y junio de 1835, y políticas en calidad de senador por Tarragona (1838) hasta poco antes de su muerte.

[18] «La caída de la casa Usher», *op. cit.,* 324-325.

que «su encumbrada razón vacilaba en su trono»; una razón descentrada y excéntrica igualmente[19].

Todo ello perfila con nitidez la clave de la geometría constitucional, aportada por el aterrorizado asombro del narrador —situado en un punto de vista externo y no participante—, quien, en el terrorífico estado —el espanto claustrofóbico— de la intrincada red de inquietantes, angostos y lóbregos pasadizos es conducido hacia la cámara central, el «gabinete de su amo»[20], corazón melancólico del inmueble[21], anexo, del otro lado de la puerta, a un aposento que, al término del relato, abriendo sus «enormes y antiguos batientes» por obra de una «violenta ráfaga»[22] —acaso el viento de la Historia, la tormenta de la Revolución— revela la imagen de «la alta y amortajada figura de lady Madeline Usher», la imagen de la Muerte. En la pavorida huida que aquella visión —escena casi necrófila— causa al visitante de la «vasta casa y sus sombras», aún Poe introduce una ilusión cromática decisiva para comprender el apocalipsis de precipitación y definitivo colapso.

Leemos:

> De aquel aposento, de aquella mansión hui aterrado. Afuera seguía la tormenta en toda su ira cuando me encontré cruzando la vieja avenida. De pronto surgió en el sendero una luz extraña y me volví para ver de dónde podía salir fulgor tan insólito, pues la vasta casa y sus sombras quedaban solas a mi espalda. El resplandor venía de la luna llena, roja como la sangre, que brillaba ahora a través de aquella fisura casi imperceptible dibujada en zigzag desde el tejado del edificio hasta la base. Mientras las contemplaba, la fisura se ensanchó rápidamente, pasó un furioso soplo del torbellino, todo el disco del satélite irrumpió de pronto ante mis ojos y mi espíritu vaciló al ver desmoronarse los poderosos muros, y hubo un largo y tumultuoso clamor como la voz de mil torrentes, y a mis pies el profundo y corrompido estanque se cerró sombrío, silencioso, sobre los restos de la Casa Usher.

El goticismo de *La caída de la casa Usher* alegoriza la última etapa de una situación de crisis constitucional, y su conclusivo derrumbe. Un anticuado modelo estructural que ya no admite rehabilitación constructiva en acción de reforma y eventual mejora edificatoria. Su estado real se manifiesta históricamente al límite de una insostenible evitación de la «ruina técnica» y el repentino colapso, súbito si no fuera porque ya al límite estable lo que aún se ha mantenido erguido como aparentemente firme era, en realidad, una fachada —solo el *frontis* constitucional— incapaz de asegurar la integridad del edificio y su resistencia a la caída; derrotado por la insostenible prolongación de sucederse, de continuarse más allá de una herencia que es, propiamente, la muerte de su futuro.

3. LA CONSTITUCIÓN NEOGÓTICA

Llamar *casa* al *edificio* jurídico-constitucional es una alegoría tolerable; una doble, en realidad. Lo admite el que tal representación de cosas (*res*) consienta significados simbólicos cuyas imágenes arquitecturales, metafóricamente consideradas, se adosan,

---

[19] *Ibid.*, 326.
[20] *Ibid.*, 319.
[21] «Un aire de dura, profunda e irremediable melancolía lo envolvía y penetraba todo». Cfr. 320.
[22] *Ibid.*, 332.

con medianera de constructo ficcional, a la índole fictiva del *relato constitucional*, a su alegórica capacidad de producirse como una *máquina de ficción*[23].

El relato de la *Constitución neogótica* aprovecha, en sentido recto, de un relato cortaziano harto conocido, *Casa tomada*, y en el figurado, del gótico de POE antecedente[24]. La traducción que Julio CORTÁZAR (1914-1984) llevó a cabo en 1954 de los cuentos de este no vincula el más fuerte precedente de lectura[25], aunque ciertamente lo privilegia. Su cuento lo publicó en diciembre de 1946 la revista *Los Anales de Buenos Aires*[26], que BORGES dirigía, convirtiéndose este, por pertenecerle su primera leída, en lector privilegiado. Que llevara ilustraciones de Norah Borges —Leonor Fanny Borges de Acevedo, la hermana de Jorge Luis, muy vinculada a este— también denota una singular predilección, quizá más difícil de leer. En *Casa tomada*, la pulsión de muerte presente en *La caída de la casa Usher* gira a una incestuosa vagamente alarmante.

Irene y su innombrado familiar, ambos célibes, residen en la casa como un «simple y silencioso matrimonio de hermanos»[27], pero además «con la inexpresada idea» de que al momento de habitarla, presente de un futuro antecedido, eran ya la «necesaria clausura de la genealogía asentada por los bisabuelos»[28]. ¿Qué linaje, qué estirpe, era esta?

El 24 de febrero de 1946, Juan Domingo Perón (1895-1974) asume por primera vez la presidencia de la República Argentina, ocupándola hasta 4 de junio de 1952, periodo en el que acometerá la reforma de la Constitución Nacional de 1853 —aquella cuyo preámbulo recuperaba la dicción precursora de la estadounidense «*We, the People*» para enunciarla como «Nos, los representantes del pueblo»— finalmente sancionando la que será conocida como «Constitución peronista» (1949). Del general Perón, de quien en la Historia tanto se hubo de decir y escribir, quedó quizá sin decir ni escribir lo más evidente: que fue «un general al uso» y, desde luego, «al uso de la época», que es decir y escribir de una circunstancia sin ningún *glamour*. Acerca de la predilección de BORGES hacia *Casa tomada* también se omite algo que, no menos evidente, inclinaba su acierto editor; que, notorio antiperonista, aquel año de 1946 el gobierno municipal de Buenos Aires lo removió de su cargo de auxiliar de la biblioteca municipal Miguel Cané, ejercido desde 1937, para que asumiera el de «inspector de aves, conejos y huevos», cometido nada glamuroso, que nunca desempeñó. En cuanto a «Constitución peronista» sí es en todo posible subrayar lo dicho y escrito tantas ve-

---

[23] *Vid.* mi trabajo *Justicia constitucional y Literatura*, pról. de Carlos Raños Núñez, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2016, 49-51. Ahora también recogido en *La destreza de Judith. Estudios de Cultura literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2018, 281-315.

[24] Una conexión esta reconocida por el mismo CORTÁZAR. *Vid.* J. ALAZRAKI, *En busca del unicornio: Los cuentos de Julio Cortázar*, Madrid, Gredos, 1983, 27.

[25] *Vid.* M.ª L. ROSENBLAT, «La nostalgia de la unidad en el cuento fantástico: "The fall of the house of Usher" y "Casa tomada"», en F. BURGOS (ed.), *Los ochenta mundos de Cortázar: ensayos*, Madrid, Edi. 6, 1987, 199-209.

[26] *Los Anales de Buenos Aires,* 1, 11 (diciembre 1946), 13-18.

[27] Como relación « límbica» de contenido incestuoso la califican A. PLANELLS, «*Casa tomada* o la parábola del limbo», *Revista Iberoamericana,* 52, 135-136 (1986), 591-603, y V. PÉREZ VENZALÁ, «Incesto y espacialización del psiquismo en "Casa tomada" de Julio Cortázar», *Espéculo. Revista de estudios literarios,* Universidad Complutense de Madrid, IV, 10 (nov. 1998-febr. 1999), accesible en *https://webs.ucm.es/info/especulo/numero10/cort_poe.html*.

[28] J. CORTÁZAR, «Casa tomada», en *Cuentos completos I (1945-1966)*, pról. de Mario Vargas Llosa, Barcelona, Alfaguara, 2015 (2018, 3.ª reimp.), 107-111. Cfr. 107.

ces respecto a haber introducido mecanismos de redistribución de la riqueza entre los sectores populares menos favorecidos, y en particular, constitucionalizada la función social de la propiedad, cuya publicidad asumió Eva María Duarte (1919-1952), Eva Duarte de Perón, Evita Perón, siempre la más glamurosa.

El algo que por primera vez se escucha «en el comedor o en la cocina» y también «en el fondo del pasillo», un sonido que «venía impreciso y sordo, como un volcarse de silla sobre la alfombra o un ahogado susurro de conversación»[29], constituye la acústica[30] de un presente histórico real, el rumor de fondo en la Historia cotidiana argentina del momento[31], la nueva *audiencia* de las clases obreras e inmigrantes —los «cabecita negra» como expresó Juan José SERBELI—[32] que paso a paso estaban estrechando la Constitución de 1853 cada vez un poco más y a cada paso más cada vez. La *Constitución neogótica* de *Casa tomada* es la alegoría de una casa ocupada en un edificio constitucional ya casi desocupado, con distribución disfuncional[33], espacioso pero vacío, deshabitado seguramente por inhabitable. Sus últimos moradores, Irene y su «hermano», cuya ascendencia remonta tres generaciones, que en un país como la Argentina de entonces equivale a toda la Historia, aparecen como seres indolentes y apáticos, aburguesados, puramente rutinarios, rezagados de la imparable marcha de

---

[29] *Ibid.*, 109. «Nos quedamos escuchando los sonidos, notando claramente que eran de este lado de la puerta de roble, en la cocina y en el baño, o en el pasillo mismo donde empezaba el codo casi al lado nuestro». «Los ruidos se oían más fuerte pero siempre sordos, a espaldas nuestras. Cerré de un golpe el cancel y nos quedamos en el zaguán. Ahora no se oía nada». Cfr. 111.

[30] Recurso igualmente presente en el relato de POE: «Me pareció que, de alguna remotísima parte de la mansión, llegaba confusamente a mis oídos algo que podía ser, por su exacta similitud, el eco (aunque sofocado y sordo, por cierto) del mismo ruido de rotura, de destrozo que sir Launcelot había descrito con tanto detalle». En referencia a la novela de ambiente medieval *The Mad Trist*, de L. CANNNIG, favorita del Señor de la Casa Usher, obra y autor de la invención de POE. Cfr. E. A. POE, *op. cit.,* 330. CORTÁZAR lo emplea invirtiendo la significancia ideológica de POE, donde el sonido era anuncio del retorno de Madeline desde la cripta en que yacía muerta y la *resurrección* del viejo *statu quo*, para aludir a la *emergencia* popular de nuevas fuerzas sociales y políticas.

[31] Mi interpretación, pues, rehúsa frontalmente la que sitúa al lector ante «la ocupación de una casa por parte de ciertos espíritus innominados (¿antepasados?)», vacilante incluso para su proponente. *Vid.* J. C. CURUTCHET, *Julio Cortázar o la crítica de la razón pragmática*, Madrid, Editora Nacional, 1972, 38.

[32] «[Durante el peronismo] la familia pequeñoburguesa vive pared por medio de un conventillo y oye las rudas expresiones de alegría de la familia cabecita negra y hasta tiene que soportar las exigencias de la sirvienta —cuando la tiene— también cabecita negra. Un cuento de Julio Cortázar, *Casa tomada,* expresa fantásticamente esta angustiosa sensación de invasión que el *cabecita negra* provoca en la clase media». Cfr. J. J. SEBRELI, *Buenos Aires. Vida cotidiana y alienación*, Buenos Aires, Siglo XX, 1965, 104.

Continuarán esta línea interpretativa R. A. BORELLO, *El peronismo en la narrativa argentina (1943-1955)*, Ottawa, Dovehouse Editions, 1991, y Ó. TERÁN, *Nuestros años sesenta. La formación de la nueva izquierda intelectual argentina 1956-1966*, Buenos Aires, Ediciones El cielo por asalto, 1993 (red. Buenos Aires, Siglo XXI, 2013), o más recientemente y con nuevos argumentos, C. GAMERRO, «Julio Cortázar, inventor del peronismo», en G. KORN (comp.), *El peronismo clásico: descamisados, gorilas y contreras*, Buenos Aires, Paradiso. Fundación Crónica General, 2007, 44-57: «El peronismo engendró la pesadilla y la pesadilla inspiró el cuento», cfr. 45.

[33] «Cómo no acordarme de la distribución de la casa. El comedor, una sala con gobelinos, la biblioteca y tres dormitorios grandes quedaban en la parte más retirada, la que mira hacia Rodríguez Peña. Solamente un pasillo con su maciza puerta de roble aislaba esa parte del ala delantera donde había un baño, la cocina, nuestros dormitorios y el living central, al cual comunicaban los dormitorios y el pasillo. Se entraba a la casa por un zaguán con mayólica, y la puerta cancel daba al living; tenía a los lados las puertas de nuestros dormitorios, y al frente el pasillo que conducía a la parte más retirada; avanzando por el pasillo se franqueaba la puerta de roble y más allá empezaba el otro lado de la casa, o bien se podía girar a la izquierda justamente antes de la puerta y seguir por un pasillo más estrecho que llevaba a la cocina y al baño. Cuando la puerta se abría advertía uno que la casa era muy grande; si no, daba la impresión de un departamento de los que se edifican ahora, apenas para moverse». Cfr. 108.

los tiempos nuevos, discontinuos, retardatarios, parapetados tras una puerta de «roble macizo»[34]. Y son, además, conscientes de su destino: un porvenir del ayer que a ellos les será impuntual, que nunca más concurrirá como retorno del pasado, ni siquiera como *nostalgia*. El futuro presencial, el presente histórico, admite, así, solo formas de deserción[35]. A modo de una ironía del destino el cuento termina en estas líneas:

> Antes de alejarnos tuve lástima, cerré bien la puerta y tiré la llave a la alcantarilla. No fuese que algún pobre diablo se le ocurriera robar y se metiera en la casa, a esa hora y con la casa tomada[36].

No obstante, con frecuencia el destino llama dos veces y la ironía es entonces más ácida. La *Constitución neogótica* tiene un nuevo capítulo, ligado al misterio y la consternación de la terribilidad más cotidiana —sobrerrealismo del «maravilloso cotidiano»— en *Segunda vez* (1976)[37], cuento publicado apenas un mes después del golpe militar de 24 de marzo de ese año y que llevó a Jorge Rafael Videla (1925-2013) a ocupar *de facto* la presidencia de Argentina y emprender, entre 1976 y 1981, con el apoyo de las Juntas Militares, el llamado «Proceso de Reorganización Nacional»[38].

Leído su relato en esta coyuntura el título concierta dos enclaves temporales. Anuncia una temporalidad —«segunda vez»— sucesiva a una «primera» que el relato referencia como su iteración, como vez segunda. Pero, asimismo, *Segunda vez* modula igualmente, desde mi punto de vista, un *tempo* de «segunda vez», aunque refiera una situación que ahora tiene lugar por vez primera. *Segunda vez* es segunda de la vez primera, al tiempo que, por su idiosincrasia, no vez segunda de la primera. Es decir, repite, me parece, el tema de una alteración de la *historia constitucional*, pero su entonación es, simultáneamente, por «primera vez» tan escandalosa y ensordecedora que ahoga por completo el sonido «impreciso y sordo» de la vez primera. Ninguna estridencia sonora hallaremos en *Segunda vez*, que parece escrita en mitad de una sordera general; quizá porque no hay peor sordo que quien no quiere oír. Solo el silencio es disonante; el silencio de los *desaparecidos*. En cualquier caso, las persecuciones, el exilio en masa y, en especial, las «desapariciones» que los regímenes dictatoriales de Argentina, Chile y Brasil instauran durante esos mismos años como un «proceso kafkiano» —*Der Proceß* (1914-1915) preludia, en este sentido, el neogótico latinoamericano— no van a ser objeto principal en mi análisis de *Segunda vez*[39].

---

[34] En el relato de Poe la apertura de la puerta que comunica con el aposento de lady Madeline es descrita como «de enormes y antiguos batientes» y «pesadas mandíbulas de ébano». E. A. Poe, *op. cit.,* 332.

[35] M. Soifer. «Cortázar, "Casa tomada": casa desertada», *Letras*, 35 (1986), 173-184.

[36] E. A. Poe, *op. cit.,* 111.

[37] *Crisis*, Buenos Aires, 36 (abril de 1976), 14-16. Tras ello fue censurado y prohibido por la Junta Militar. *Vid.,* al respecto, W. B. Berg, «La literatura argentina actual frente al problema de la autocrítica», en K. Kohut y A. Pagni (eds.), *Literatura argentina hoy. De la dictadura a la democracia,* Frankfurt am Main, Vervuert, 1989, 231-239. Se recogió, sin embargo, en la edición mexicana de *Alguien que anda por ahí*, México, Hermes, 1977, 37-47. En lengua francesa —«La deuxième fois»— fue publicado por *Le Monde Diplomatique*, mayo 1977, 7, y fue luego incluido en *Façons de perdre*, trad. por Laure Guille Bataillon, Paris, Gallimard (Coll. «Du monde entier»), 1978. En España aparecerá formando parte de *Alguien que anda por ahí*, Madrid, Alfaguara, 1978, 45-57, y Barcelona, Bruguera, 1978, 35-46. Aquí citaré por J. Cortázar, «Segunda vez», en *Cuentos completos II (1969-1982)*, Barcelona, Alfaguara, 2011 (2015[2]), 142-147

[38] *Vid.,* en general, D. Balderston, *Ficción y política. La narrativa argentina durante el proceso militar*, Buenos Aires, Alianza, 1987.

[39] *Vid.* sobre el tema «desaparecidos», entre otros, R. Kornberger, «Segunda vez. *Ästhetik und Engagement bei* Julio Cortázar», *Iberoamericana,* 2-3 (1981), 58-77; S. Reisz de Rivarola, «Política y ficción fantás-

Pretendo centrarme, con arreglo al objeto de este trabajo, en sus aspectos edilicios y, sobre todo, de particulares elementos constructivos. Así, comenzando por estos —en la medida en que la *puerta* juega un papel determinante en el relato—, es bien sabido que las puertas son un elemento complementario de separación destinado a distribuir el espacio arquitectónico y cuya función es aislar y/o comunicar, mediante acceso de entrada y salida, zonas diversas del mismo. Por ejemplo, puerta principal como aquella que comunica una construcción*, puertas afuera*, con el exterior, y este, a través de ella, con el interior como espacio demarcado por lo que queda *puertas adentro*. Solo un trabajo, que conozca, se ha interesado por el carácter, que califica como ambiguo-manifiesto, de «la puerta» en *Segunda vez*[40]. Yo quisiera probar, en lo posible, otros despliegues de *significancia*.

En el relato de POE antes examinado —*La caída de la casa Usher*— así como en el cortaziano *Casa tomada*, las puertas son elementos de ficción con un cometido preciso; mantienen hasta abrirse, o bien cerrarse, una relación con lo que está del otro lado de la puerta. En *Segunda vez* me parece que el planteamiento es otro; la puerta forma parte de una *suite* por la que se infiere continuidad en el espacio: calle, zaguán, escalera al tercer piso, pasillo, sala de espera, puerta del otro extremo del pasillo, y oficina. María Elena ejecuta todos y cada uno de los tramos este *iter* en dirección desde la entrada al interior del edificio[41], y luego, a la inversa, hacia el exterior[42]. Lo que le causa extrañeza y provoca su estupor es no comprender, al descubrir que Carlos —uno de los convocados que allí ha acudido por «segunda vez»— no llega a salir de la oficina, por *dónde* este haya podido *conducirse*[43]. Entonces figura otra vía a través de una puerta «disimulada»[44] —una puerta que es, en realidad, una ilusión referencial— «oculta» en alguna parte del habitáculo de aquel negociado gubernamental, pues en el fondo

---

tica», y B. TERRAMORSI, «Acotaciones sobre lo fantástico y lo político: a propósito de "Segunda vez" de Julio Cortázar», ambos en *INTI. Revista de Literatura hispánica,* Providence College. Providence, 22-23 («Cortázar en Mannheim», núm. esp. auspiciado por Providence College y Universität Mannheim), otoño 1985-primavera 1986, respec. 217-230 y 231-237; M.ª C. PONS, «Compromiso político y ficción en *Segunda vez* y *Apocalipsis de Solentiname* de Julio Cortázar», *Revista Mexicana de Sociología*, UNAM, 4, oct.-dic. 1992, 183-202; M.ª E. TWARDY, «*Alguien que anda por ahí*: Julio Cortázar, literatura y exilio», *Espéculo: Revista Digital de Estudios Literarios,* 40, nov. 2008-febr. 2009, accesible en *http://www.ucm.es/info/especulo/numero40/coexilio.html*; K. MAHLKE, «A fantastic tale of terror: Argentina's *disappeared* and their narrative representation in Julio Cortazar's *Second time round*», en M. C. FRANK y E. GRUBER (eds.), *Literature and terrorism: Comparative perspectives*, Amsterdam, Rodopi, 2012, 195-212; S. SEILER, *Zwischen Anwesenheit und Abwesenheit. Die Figur des Verschwundenen in der Literatur der Moderne und Posmoderne*, Stuttgart, JB Metzler, 2016, en esp. 205-250 (cap. IV. «Verschwinden in der historischen Zeit: Der argentinische Tod»), y J. RODERO, «Los espectros de los desaparecidos: pasajes entre compromiso político y visión literaria en los últimos cuentos de Cortázar», *Neophilologus*, Gronigen, Nederland, 101, 1 (2017), 93-108. Asimismo, pero evidentemente de modo muy significativo, J. CORTÁZAR, «Una maquinación diabólica: las desapariciones forzadas», en S. YURKIEVICH (ed.), *Argentina: años de alambradas culturales*, Barcelona, Muchnik, 1984, 137-146.

[40] V. H. CORTÉS LÓPEZ, «La puerta como signo de lo ambiguo-manifiesto en *Segunda vez*, de Julio Cortázar», *International Journal of Foreign Studies*, Hankuk University of Foreign Studies. South Korea, 1, 1 (julio 2008), 81-91. *Vid.* también sobre puertas y ventanas y referido al cuento anterior M.ª G. MIZRAJE, «"Casa tomada" de Cortázar: políticas de la lengua», *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana,* 34, 68 (2.º semestre de 2008), 143-163, en esp. 144-155.

[41] J. CORTÁZAR, *ed. cit.,* 143.

[42] *Ibid.*, 147.

[43] «Había varios empleados en la oficina, solamente hombres, pero no vio a Carlos [...] echó una mirada alrededor [...], las paredes [...], las dos ventanas, la puerta por donde había entrado, la única puerta de la oficina [...]. La única puerta de la oficina, pero Carlos no estaba ahí». Cfr. 146.

[44] «Aunque a lo mejor había una puerta disimulada». Cfr. 147.

entiende[45] que la *interrupción* de la suite implica una quiebra de las leyes espaciales, o más precisamente su abolición, su *desaparición*. De lo contrario, Carlos se habría desmaterializado, *desaparecido* en el espacio. Solo una puerta que fuese *ilícita*, podría esclarecer la extravagante situación; una puerta fuera de la vista, puerta solo vista desde dentro, que no se ve *de puerta para afuera*, solo *de puerta adentro*. De otro modo sería una puerta sin salida. Así, esa ilusión referencial de una puerta que no se localiza de la parte exterior, sino desde dentro de la oficina, solo puede ser aquella que abre la puerta, en privado, a un internamiento del lado de lo incógnito[46]. Y ella se queda de la puerta para afuera, en la calle, hasta su «segunda vez».

Cuando llegue su *segunda vez* —y teniendo ya fecha y hora señalada habrá de no olvidarse y comparecer puntual— volverá a esa misma oficina, sita en la calle Maza, al tercer piso de un edificio «sin bandera patria», el edificio de «la Dirección». Ese día en particular, por segunda vez, María Elena viajará ómnibus, como la vez primera, desde su domicilio en Constitución —Diagonal Constitución de 1853—, desde *su casa*, aunque a Carlos «no le gustaba ese barrio»[47]. Y tal vez también en esa fecha recuerde de la otra vez, última que conversó con él, apenas poco antes de abrirse la puerta del fondo y verle marchar al trámite, las que entonces fueron sus propias palabras la primera vez:

> Yo no sé por qué, pero algo me dice que voy a vivir toda mi vida por Constitución —dijo María Elena—. No está tan mal, después de todo. Y si alguna vez...[48].

El *neogoticismo* de *Casa tomada* y *Segunda vez* aprovecha en interés de ciertas puntualizaciones. Guardan entre sí, a mi juicio, una relación que en lo narrativo y en lo jurídico-constitucional no es tanto de *continuum*, como *parabólica*. *Segunda vez* es, concluyentemente, una elíptica de *salto* cualitativo de *Casa tomada* que *continúa* la interrupción constitucional de 1853, haciéndola espantosa y espeluznante. Porque *Segunda vez* no es ni la constructiva reconstituyente de la Constitución Nacional de 1853, ni el eco del tenue de rumor al fondo de la reforma de esta en la «Constitución peronista» de 1949 con propósito de derribarla para convertirla en una diferente y nueva. *Segunda vez*, en realidad, ni siquiera configuraría un modelo constructivo metafóricamente imperfecto o defectivo de Constitución, sino el escenario de un absorbente vacío constitucional, por esencia no colmatable y, por tanto, la vacante absoluta, el incondicional vano de dimensiones constitutivas aterradoras donde, a través de pasmosos tornos y túneles siniestros, la metáfora edilicia constitucional neogótica de «casa habitable», aún si de confort equívoco tanto fuera para la de 1853 o la de 1949, se sustituyó en «casa de los horrores».

4. LA CONSTITUCIÓN FANTÁSTICO-MÍTICA

«Ojalá me lleve a un lugar con menos galerías y menos puertas. ¿Cómo será mi redentor?». Esto se lee en *La casa de Asterión* (1947), casi alcanzando ya las líneas de

---

[45] «No podía ser que Carlos no saliera, todos habían salido al terminar el trámite [...]. Pero lo mismo era raro porque todo el mundo había salido por el pasillo como ella». Cfr. 147.

[46] Es una cárcel secreta.

[47] *Ibid.*, 145.

[48] *Ibid.*

su declinación[49]. El cuento se adscribe, por testimonio epilogal de Jorge Luis BORGES (1899-1986) en 1949, «al género fantástico» y se adeuda «a una tela de Watts, pintada en 1896»; o sea, al pintor victoriano George Frederick Watts (1817-1904), y su lienzo «The Minotaur», desde cuya evocación recupera asimismo «el carácter del pobre protagonista»[50]. A la imagen pudo quizá acercarse a través de una reproducción contenida en la biografía que Gilbert Keith CHESTERTON (1874-1936) dedicó al artista[51], libro que BORGES conocía[52]. En cuanto a lo dicho de la figura, retrata un carácter; porque el uso del adjetivo *pobre protagonista —sad* (triste) *protagonist*— es, en efecto, «la palabra clave»[53]. En ese epíteto BORGES pinta el *motus animi*, el rasgo psicológico del personaje, y lo hace de forma muy ajena y alejada de la «tonta brutalidad» —*«half-witted brutality»*—[54] con que CHESTERTON le definiera. Así, pues, hay en él, a mi modesto criterio, una apelación a la indigencia, a la insuficiencia, a la necesidad que explica el anhelo de redención. Por tanto, donde el inglés observara una reacción de Watts a las «crueldades babilónicas de Piccadilly y The Strand»[55], el argentino advirtió una calidad espiritual. Se trata, en consecuencia, más de un concepto que de una percepción. Otras dos palabras cifra —del jeroglífico que todo el cuento es— son: «*Casa* es el nombre que se da a laberinto. *Asterión* es el nombre que se da al Minotauro»[56].

Para *La casa de Asterión*, naturalmente, se han propuesto interpretaciones de todo género[57], incluidas las atinentes al propio género literario, destacando la conexión de

---

[49] J. L. BORGES, «La casa de Asterión», *Los Anales de Buenos Aires,* II, 15-16 (mayo-junio de 1947), 47-48. Posteriormente en *id., El Aleph* (1949), e *id., Obras Completas, 1923-1972*, C. V. FRÍAS (ed.), Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, 569-570, cfr. 570. Citaré por esta última.

[50] *Ibid.*, 629.

[51] G. K. CHESTERTON, *G. F. Watts*, London, Duckworth & Company, 1904, 2 t. Allí la obra se describe como *«brutal and magnificent picture».* Citaré por G. K. CHESTERTON, *G. F. Watts*, New York, Cosimo, Inc., 2007, 57. Hay trad. española de Aurora Rice Derqui, Salamanca, Ediciones Espuela de Plata, 2011.

[52] E. ANDERSON-IMBERT (1910-2000), «Un cuento de Borges: "La Casa de Asterión"», *Revista Iberoamericana,* 25, 49 (enero-junio 1960), 33-43, cfr. 39-40. Reimp. en *id., Crítica interna*, Madrid, Taurus, 1961, 247-259. Asimismo en *Jorge Luis Borges,* J. ALAZRAKI (ed.), Madrid, Taurus Ediciones, 1987, 135-143, cfr. 140, por donde citaré.

[53] «La palabra clave es allí el adjetivo "pobre"», cfr. E. RODRÍGUEZ MONEGAL (1921-1985), *Borges: una biografía literaria* (1978), trad. de Homero Alsina Thevenet, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, 371.

[54] G. K. CHESTERTON, *op. cit.,* 29.

[55] *«A picturesque irradiation asserts indeed that it was under the glow of Hebraic anger against these Babylonian cruelties of Piccadilly and the Strand that he painted as a symbol of those cruelties that brutal and magnificent picture* The Minotaur*»,* cfr. *ibid.*, 57. Asimismo «Chesterton habla de la "tonta brutalidad" del Minotauro de Watts y la interpreta como una reacción moral, semiestoica, semipuritana, contra la crueldad de la ciudad moderna». Cfr. E. GÓMEZ MANGO, *Vida y muerte en la escritura: literatura y psicoanálisis*, Montevideo, Ediciones Trilce, 1999, 42.

[56] E. ANDERSON IMBERT, «Un cuento de Borges: "La Casa de Asterión"», *op. cit.,* 137.

[57] *Vid.* en resaltes de temática religiosa (cristológica), filosófico-humanista, psicológica, política o de técnica narrativa los trabajos de, entre otros, A. M.ª BARRENECHEA, *La expresión de la irrealidad en la obra de* BORGES (1957), Buenos Aires, Paidos, 1967, 79-80 y 99-100; A. JURADO, *Genio y figura de Jorge Luis Borges*, Buenos Aires, Eudeba, 1964, 96-101 y 113-114; C. WHEELOCK, *The Mythmaker: A study of motif and symbol in the short stories of Jorge Luis Borges,* Austin, University of Texas Press, 1969, 27-29 y 147-149; J. ALAZRAKI, «Tlön y Asterión: metáforas epistemológicas» (1971), en *id., La prosa narrativa de Borges*, Madrid, Gredos, 1983³, 275-301 [asimismo en *Jorge Luis Borges,* J. ALAZRAKI (ed.), *op. cit.,* 183-200 y *Versiones, inversiones, reversiones*, Madrid, Gredos, 1977, 86-88]; M. FERRER, *Borges y la nada,* London, Tamesis Book Limited, 1971, 146-148; M. FRAGOSO, «"The House of Asterion" a God's Fall into Ignorance», en W. H. FINKE (ed.), *Estudios de Historia Literatura y Arte Hispánicos ofrecidos a Rodrigo A. Molina*, Madrid, Ínsula, 1977, 165-172; M. GALLO, «Asterión, o el Divino Narciso», *Revista Iberoamericana,* 43, 100-101 (julio-diciembre 1977) [especial «Inquisiciones sobre Borges», A. A. ROGGIANO y E. RODRÍGUEZ MONEGAL (dirs.)], 683-690; J. M.ª

lo fantástico con lo mítico, en un sentido no discordante con su carácter precursor del realismo mágico, además de no exclusivo hacia lo mitológico latinoamericano[58]. Y esto mismo me anima probar una ampliación de su *significancia* con las fantasías de la mítica constitucional europea.

En Europa, la historia del constitucionalismo presenta dos hitos acreedores de carácter plenamente mítico e irrepetible; uno es la *Magna Carta Libertatum*, de 1215; el otro —aún sobre el eminente lugar ocupado por la *Constitución francesa* de 1791— la *Constitución de Weimar*, sancionada el 11 de noviembre de 1919. Entonces, ¿no podría acaso reverberar *La casa de Asterión* en una cosmogonía weimariana?

Hay en el cuento, desde luego, una mitología originaria donde Asterión alude a la antigua leyenda grecolatina del Minotauro de Apollodoro[59], pero la versión borgeana del mitologema, lejos de ir desplazada a una imagen proyectada al trasfondo siempre lejano de las fabulaciones míticas, se instala referencialmente en un inmediato y con-

---

RUSCALLEDA BERCEDONIZ, «Acercamiento estructural a "La casa de Asterión" y "La otra muerte" de Jorge Luis Borges», *SinNombre,* XI, 1 (abril-junio, 1980), 69-75; B. K. GOLD, «Labyrinths in Borges' "House of Asterion"», *Helios,* 8 (1981), 49-59; E. RODRÍGUEZ MONEGAL, *Borges por él mismo,* Barcelona, Laila, 1983, 105-112; A. JULIÁN PÉREZ, *Poética de la prosa de J. L. Borges,* Madrid, Gredos, 1986, 132-134 y 159-160; D. MCGRADY, «El redentor del "Asterión" de Borges», *Revista Iberoamericana,* 52,135 (1986), 531-535; N. E. ÁLVAREZ, «Lectura y re-escritura: la mitopoiesis de "La casa de Asterión" de Borges», *Revista Iberoamericana,* 57, 155 (1991), 507-518; D. L. SHAW, «A propósito de "La Casa de Asterión" de Borges», en S. NEUMEISTER (ed.), *Actas del IX Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas 18-23 de agosto de 1986, Berlin,* Frankfurt am Main, Vervuert, vol. II, 1989, 721-724; F. CASTRO FLORES, «Laberintos», *Cuadernos Hispanoamericanos,* 505-507 («Homenaje a Jorge Luis Borges») (julio-septiembre 1992), 269-278, en esp. 274-276; C. RODRÍGUEZ FER, «Borges: escepticismo y fantasía», en A. RISCO, I. SOLDEVILLA y A. LÓPEZ CASANOVA (eds.), *El relato fantástico. Historia y sistema*, Salamanca, Ediciones Colegio de España, 1998, 143-168, en esp. 147-150; P. ANDRÉS FERRER, «J. L. Borges: "La Casa de Asterión", recreación intelectual de un mito», en *Espéculo. Revista de estudios literarios,* 19 (oct. 2001-febr. 2002), accesible en *http://www.ucm.es/info/especulo/numero19/asterion.html*; M.ª G. NÚÑEZ, «La discusión acerca del Mito y el Laberinto en "La Casa de Asterión" de J. L. Borges», *Espéculo: Revista de estudios literarios,* 22 (nov. 2002-febr. 2003), accesible en *https://webs.ucm.es/info/especulo/numero22/asterion.html*; M.ª S. DELBUENO DE PRAT, «Una lectura de "La casa de Asterión" de Jorge Luis Borges a partir de la enunciación del poder», *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho,* UNICEN. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 12 (2007), accesible en *http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/997/874*; D. RAMÍREZ, «Morador del laberinto: mito, símbolo y ontología en "La casa de Asterión", de Jorge Luis Borges», *Ciencia ergo sum*, Toluca, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 18, 3 (nov. 2011-feb. 2012), 225-232, y L. QUINTANA TEJERA, «La conciencia atormentada de un monstruo abandonado. "La casa de Asterión", Jorge Luis Borges», *Culturales,* 7, 14 (2011), 7-34.

[58] *Vid.* D. L. SHAW, «The Presence of Myth in Borges Carpentier Asturias Rulfo and García Márquez», en S. M. HART y W.-C. OUYANG (eds.), *A Companion to Magical Realism*, Boydell & Brewer, 2005, 46-54: *«It is not necessary for the myths employed by the Latin American magical, realists to be so intrinsically Latin American. Both Borges and Carpentier also use Classical myths. A notable case in the former's work is "La Casa de Asterión" (The House of Asterion) in* El Aleph, *which uses the myth of the Minotaur to interpret in this case, not so much Latin American reality, but the state of the universo»,* cfr. 48. Asimismo S. MENTON, «Jorge Luis Borges, Magic Realist», *Hispanic review,* 50, 4 (1982), 411-426, *El realismo mágico en la pintura y en la literatura de tres continentes: 1918-1970*, 4.ª cátedra internacional de arte Luis-Ángel Arango, Bogotá, Editorial Luis-Ángel Arango, 1994, y *Magic realism rediscovered: 1918-1981*, Philadelphia, The art Alliance Press, 1983, e *Historia verdadera del realismo mágico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, y A. HUICI, *El mito clásico en la obra de J. L. Borges,* Sevilla, Alfar, 1998.

[59] D. GARCÍA PÉREZ, «Reverberaciones grecolatinas del mito del Minotauro en Jorge Luis Borges y en Julio Cortázar», *Nova tellus,* 26, 1 (2008), 205-239. El estudio se extiende al poema dramático *Los Reyes*. *Vid.* J. CORTÁZAR, *Los Reyes*, Buenos Aires, Gulab y Aldabahor, 1949 (3.ª ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1970). *Los Reyes* fue inicialmente publicado en *Los Anales de Buenos Aires,* 20-22 (oct.-dic. 1947), 34-48. Sobre la obra cortaziana *vid.* también A. M.ª GONZÁLEZ DE TOBÍA, «Julio Cortázar y el mito griego. Vinculación y contraste con algunos tratamientos de Borges y Marechal», *Synthesis,* 5 (1998), 85-13.

creto contexto histórico[60] de acontecimientos sociopolíticos internacionales al que su autor en absoluto fue insensible: a mi juicio, la crítica del nazismo[61]. Trataré de explicar mi punto de vista.

La fecha en que *La casa de Asterión* se escribe y publica —1947, momento en que asimismo se sitúa el ascenso político de Perón— y la referencia en él a una *criatura monstruosa* como el Minotauro, coinciden con la de escritura a mediados de ese mismo año, en colaboración con Adolfo BIOY CASARES, del cuento titulado *La fiesta del monstruo*[62], y que bajo seudónimo de Honorio BUSTOS DOMECQ no verá la imprenta hasta el año 1955[63]; esto es, el de derrocamiento del primer gobierno peronista[64]. Ahora bien, esta conexión entre ambos textos y fechas puede inducir a confusión, si no a error. En mi opinión, la incumbencia de *La fiesta del monstruo* es antes y más precisamente con el cuento cortaziano *Casa tomada* de 1946, que con *La casa de Asterión*. Los *ruidos* que, sordamente audibles, se oyen al fondo de la casa en el relato de CORTÁZAR son plenamente reconocibles en el registro histórico de las marchas obreras de 17 de octubre de 1945, en favor de la liberación del —aún— comandante Perón. En *La casa de Asterión* todo ese sonido de fondo está ausente. La redención que al Minotauro le procura Teseo no puede ser conectada al ocaso de aquel dirigente, que todavía no se ha producido y que, por el contrario, de hecho —o sea, histórica y sociopolíticamente—

---

[60] D. BALDERSTON, «Historical situations in Borges», *MLN: Modern Language Notes,* 105, 2 (mar. 1990), 331-350, y *Out of context: historical reference and the representation of reality in Borges*, Durhan and London, Duke University Press, 1993, 15 y 60-67. Existe trad. de Beba Eguía, *¿Fuera de contexto? Referencialidad histórica y expresión de la realidad en Borges*, Rosario, Beatriz Viterbo Editora, 1996. *Vid.* también J. PIMENTEL PINTO, *Uma Memória do Mundo: ficção, memória e história em Jorge Luis Borges*, São Paulo, Editora Estação Liberdade, 1998, 264-281. El primero en señalar la «referencialidad histórica» en política fue E. RODRÍGUEZ MONEGAL, «Borges y la Política», *Revista Iberoamericana,* 43, 100-101 (especial «Inquisiciones sobre Borges», cit.) (julio-diciembre 1977), 269-290 [asimismo en *Diacritics,* 8 (1978), 55-69], quien sostiene que solo a partir de 1956 las opiniones de BORGES «dejan de tener algo que ver con la realidad argentina, o mundial», cfr. 286.

[61] *Vid.* sobre la preocupación de BORGES ante el ascenso del nacionalsocialismo alemán R. BURGIN, *Conversations with Jorge Luis Borges*, Holt, Rinehart and Winston, 1969, 19-65, en esp. «The Living Labyrinth of Literature Some Major Work: Nazis; Detective Stories; Ethics; Violence and the problema of Time», 27; L. ANNICK, «Borges y el nazismo», *Variaciones Borges: Revista del Centro de Estudios y Documentación «Jorge Luis Borges»*, University of Pittsburgh, 4 (1997), 117-135, y *Borges ante el fascismo,* Oxford, Peter Lang, 2007; E. AIZENBERG, *Borges, el tejedor del Aleph y otros ensayos,* Frankfurt am Main-Madrid, Vervuert-Iberoamericana, 1997, 39-40, y «"Nazismo es inevitable": Borges, el Holocausto y la expansión del conocimiento», en A. y F. DEL TORO (eds.), *Jorge Luis Borges. Pensamiento y saber en el siglo XX,* Frankfurt am Main-Madrid, Vervuert-Iberoamericana, 1999, 273-280, y A. GÓMEZ LÓPEZ-QUIÑONES, *Borges y el nazismo: Sur 1937-1946,* Granada, Universidad de Granada, 2004.

[62] H. BUSTOS DOMECQ (J. L. BORGES y A. BIOY CASARES), *Marcha*, Montevideo (30 de septiembre 1955), 20-23. Recogido luego en J. L. BORGES y A. BIOY CASARES, *Crónicas de Bustos Domecq,* Buenos Aires, Losada, 1967, y H. BUSTOS DOMECQ (J. L. BORGES y A. BIOY CASARES), *Nuevos cuentos de Bustos Domecq,* Buenos Aires, Librería La Ciudad, 1977. Puede consultarse en *Jorge Luis Borges. Ficcionario. Una antología de sus textos,* E. RODRÍGUEZ MONEGAL (ed., introd., pról. y notas) (1981), México, Fondo de Cultura Económica, 1985, 259-269, además de en J. L. BORGES, *Obras completas. En colaboración* (con A. BIOY CASARES), Buenos Aires, Emecé Editores, 1995, 392-402.

[63] Aunque parece que circuló como *samizdat*.

[64] Sobre «La fiesta del monstruo» pueden consultarse, entre otros, los siguientes estudios: E. AIZENBERG, *Borges, el tejedor del Aleph y otros ensayos, op. cit.,* 44-55 (cap. IV. «La fiesta del monstruo»); M.ª E. ORCE DE ROIG, «La fiesta del monstruo "de Biorges": Un texto diferente», *Revista de Literaturas Modernas,* Mendoza, Argentina, 29 (1999), 233-248; M. WALDEGARAY VIGHETTO, «Masa, individuo y celebración en "La fiesta del monstruo", de Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares», *América: Cahiers du CRICCAL,* 28 («La fête en Amérique latine», vol. 2) (2002), 155-161, y J. M. SILVA BARANDICA, «Remanentes y causalidades críticas en "La fiesta del monstruo" de Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares», *Hipertexto,* 13 (2011), 132-139.

se encuentra en su cénit. Más aún, creo que la concurrencia de *La casa de Asterión* con acontecimientos históricos se encuentra en una coordenada temporal casi del todo ajena al momento político-social argentino, y es, en realidad, de contexto internacional; el poderío nazi, a mi entender. En este sentido, *La casa de Asterión* conecta mejor —por su monstruoso protagonista y la arquitectura laberíntica que lo enmarca e iguala— con otro de los relatos que integran *El Aleph* (1949), y es, *Deutsches Requiem* (febrero de 1946)[65], donde el torturador Otto Dietrich zur Linde figura la monstruosidad —mal radical— del *Konzentrationslager* de Tarnowitz, que también lo atrapa —«somos comparables al hechicero que teje un laberinto y que se ve forzado a errar en él hasta el fin de sus días»—[66] y es su laberíntica figuralidad última. En este cuento, donde BORGES intentó explicar el inmoral destino del nazismo que, según anota en epílogo, «no supieron llorar, ni siquiera sospechar, nuestros *germanófilos*»[67], ofrece en esa misma apostilla su antecedente: *Ensayo de imparcialidad* (1939)[68], adelantada denuncia de la adhesión y el acomodo que, merced a «estrategas y apologistas», aquel halló «por calles y por casas de Buenos Aires», «en los imitadores autónomos, en los *Uebermenschen* caseros»[69]. Su texto criticaba al nazismo a partir de la colaboración que recibía desde dentro de la política (peronista) argentina, e igualmente con una decidida *pre-tensión* personal más universalista: «Yo abomino, precisamente, de Hitler porque no comparte mi fe en el pueblo alemán; porque juzga que para desquitarse de 1918, no hay otra pedagogía que la barbarie, ni mejor estímulo que los campos de concentración [...]. Espero que los años nos traerán la venturosa aniquilación de Adolf Hitler, hijo atroz de Versalles»[70]. En 1949, al redactar el *Epílogo* de *El Aleph*, habrá de escribir: «En la última guerra nadie pudo anhelar más que yo que fuera derrotada Alemania»[71]. Estas menciones al año 1918 y a Versalles sitúan la fecha de aceptación por Alemania de las condiciones del armisticio —11 de noviembre de 1918— y el instrumento jurídico internacional —Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919— que puso fin a la guerra entre el II Reich alemán y las Potencias Aliadas. Y es por eso mismo que *Ensayo de imparcialidad* conecta con *Deutsches Requiem* como imagen de la derrota, pero al propio tiempo *La casa de Asterión* actúa en calidad de paratexto de este último por cuanto cabría estar ofreciendo la coordenada temporal antecedente, o sea, el ascenso de Hitler al poder y la caída de la República de Weimar.

---

[65] J. L. BORGES, «Deutsches Requiem», *Sur*, Buenos Aires, XV, 136 (feb. 1946), 7-14, en *id., El Aleph* (1949), e *id., Obras Completas, 1923-1972*, *op. cit.,* 576-581. *Vid.* sobre «Deutsches Requiem» los trabajos de J. CUMMINGS, «Borges y la parábola del nazismo: un análisis de la filosofía de Schopenhauer en "Deutsches Requiem"», *Céfiro: A Journal of The Céfiro Graduate Student Organization,* Texas Tech University, 4, 2 (2004), 16-20, y G. ALETTA DE SYLVAS, «"Deutsches Requiem": Borges y una visión del nazismo», *A Contracorriente: una revista de estudios latinoamericanos*, North Carolina State University, 10, 2 (Winter 2013), 151-166. De interés también la consulta de E. BUCH, «Ein "Deutsches Requiem": Between Borges and Furtwängler», *Journal of Latin American Cultural Studies,* 11, 1 (2002), 29-38, y G. COSACOV, «*Deutsches Requiem*. Un texto de Borges sobre el mal», *Elementos. Revista de Ciencia y Cultura,* 72, 15 (oct.-dic. 2008), 3-7.

[66] J. L. BORGES, «Deutsches Requiem», *op. cit.,* 580.

[67] J. L. BORGES, *Obras Completas, 1923-1972*, *op. cit.,* 629.

[68] J. L. BORGES, «Ensayo de imparcialidad», *Sur*, Buenos Aires, IX, 61 (núm. esp. dedicado a la Guerra) (9 de octubre de 1939), 27-29. Recogido en *Jorge Luis Borges en Sur (1931-1980),* Barcelona, Emecé Editores, 1999, 28-30, por donde citaré. Sobre el texto puede consultarse A. GÓMEZ LÓPEZ-QUIÑONES, *Borges y el nazismo: Sur 1937-1946, op. cit.,* 101-104.

[69] J. L. BORGES, *op. cit.,* 28 y 30.

[70] *Ibid.*, 29 y 30.

[71] J. L. BORGES, *Obras Completas, 1923-1972*, *op. cit.,* 629 (*supra*, n. 64).

De acuerdo con esto, en *La casa de Asterión* la *casa*, o sea, la arquitectura del laberinto, obtendría significancia edilicia de la República de Weimar, en crisis y anhelante «de un lugar con menos galerías y menos puertas», y *Asterión*, es decir, el Minotauro, una mítico-política del régimen jurídico constitucional, cuyo redentor sería Adolf Hitler, o sea, el Teseo que ante Ariadna, y dada la sumisión del monstruo en el momento supremo de su redención, confiesa con el despreciativo asombro de lo casi cotidiano: «—¿Lo creerás, Ariadna? —dijo Teseo—. El Minotauro apenas se defendió»[72].

Otros elementos del cuento —no todos, es lógico, pues no se trata de un texto de derecho codificado— prestan consistencia a esta *significancia* jurídico-constitucional. Así, la Constitución alemana de 1919 —la Constitución de Weimar— fue, como Asterión, prisionera de sí misma, porque Minotauro iguala a laberinto.

> Es verdad que no salgo de mi casa, pero también es verdad que sus puertas (cuyo número es infinito) están abiertas día y noche a los hombres y también a los animales. Que entre el que quiera [...] Otra especie ridícula es que yo, Asterión, soy un prisionero ¿Repetiré que no hay una puerta cerrada, añadiré que no hay una cerradura? Por lo demás, algún atardecer he pisado la calle»[73].

La República de Weimar, como Asterión, ciertamente había nacido prisionera, sin remedio, del laberinto de su propia circunstancia histórica. La «casa constitucional» de Weimar, la Constitución de Weimar, como la casa de Asterión, era una totalidad a medida de sí misma. «La casa es del tamaño del mundo; mejor dicho, es el mundo»; un edificio a igual escala de su propia semejanza, una imagen autorreproductiva de su imagen.

> Todas las partes de la casa están muchas veces, cualquier lugar es otro lugar. No hay un aljibe, un patio, un abrevadero, un pesebre; son catorce [son infinitos] los pesebres, abrevaderos, patios, aljibes. La casa es del tamaño del mundo; mejor dicho, es el mundo. Sin embargo, a fuerza de fatigar patios con un aljibe y polvorientas galerías de piedra gris he alcanzado la calle y he visto el templo de las Hachas y el mar. Eso no lo entendí hasta que una visión de la noche me reveló que también son catorce [son infinitos] los mares y los templos. Todo está muchas veces, catorce veces»[74].

La República de Weimar, la Constitución de Weimar, eran preciso facsímil de su Universo repetido, reiterado hasta el infinito, y de ese modo estaban categóricamente prisioneras del laberinto temporal de su historia y de su individualidad, un Yo de identidad también monstruosa. La correspondencia[75] entre «casa» y «monstruo» de *La casa de Asterión* es igualmente aquella que existía entre la República y la Constitución de Weimar.

Las distracciones de Asterión en el interior de su laberinto[76], trágicos divertimentos de su siniestra soledad envolvente, poseerían una correspondencia de significancia con

---

[72] J. L. Borges, «La casa de Asterión», en *id., Obras Completas, 1923-1972*, *op. cit.,* 570.

[73] *Ibid*., 569.

[74] *Ibid*., 570.

[75] *Vid.* J. L. Borges, «Abenjacan el Bojarí, muerto en su laberinto», *Sur*, Buenos Aires, XIX, 202 (agosto 1951), 1-8, incorporada a la 2.ª ed. de *El Aleph* (1952), en *id., El Aleph*, en *id., Obras Completas*, 1923-1972, *op. cit.,* 600-606. «Lo que importa es la correspondencia de la casa monstruosa con el habitante monstruoso. El Minotauro justifica con creces la existencia del laberinto». Cfr. 605.

[76] «Claro que no me faltan distracciones. Semejante al carnero que va a embestir, corro por las galerías de piedra hasta rodar al suelo, mareado. Me agazapo a la sombra de un aljibe o a la vuelta de un corredor y juego a que me buscan. Hay azoteas desde las que me dejo caer, hasta ensangrentarme. A cualquier hora puedo jugar

las igualmente trágicas convulsiones jurídicas y económicas, pero sobre todo sociales, que rodearon la existencia de la República y la Constitución alemanas de Weimar[77]. Esas alusiones de *La casa de Asterión* a la «plebe», la «gente», el «vulgo»[78], que está fuera del laberinto y suponen una dicotomía alcanzaron una aterradora realidad en la distribución espacial de «la casa constitucional» weimariana y su colapso; «el pueblo alemán —como escribió el profesor Pablo LUCAS VERDÚ—[79] tenía una Constitución pero no estaba en [la] Constitución».

El *minotauro* «Constitución de Weimar» —el engendro de dos disímiles naturalezas reunidas, Estado de Derecho y Estado social—[80] era un ser que de por sí representaba la paradoja de su contradicción y para quien la conciencia y esperanza en venida de un «redentor» constituía la única salida posible al ahogo de su sufrimiento, la única respuesta cierta a su indefensa angustia, la única elección liberadora frente a su pobre existencia.

> Sé que vive mi redentor y al fin se levantará sobre el polvo. Si mi oído alcanzara todos los rumores del mundo, yo percibiría sus pasos. Ojalá me lleve a un lugar con menos galerías y menos puertas. ¿Cómo será mi redentor?, me pregunto. ¿Será un toro o un hombre? ¿Será tal vez un toro con cara de hombre? ¿O será como yo?[81].

Y el «hijo atroz de Versalles» será su «redentor», su matador.

Dos líneas después, el cuento nos deja un devastador final: «El Minotauro apenas se defendió»[82]. Porque, verdaderamente, en la sumisa rendición/redención de la Cons-

---

a estar dormido, con los ojos cerrados y la respiración poderosa (a veces me duermo realmente, a veces ha cambiado el color del día cuando he abierto los ojos). Pero de tantos juegos el que prefiero es el de otro Asterión. Finjo que viene a visitarme y que yo le muestro la casa. Con grandes reverencias le digo: «Ahora volvemos a la encrucijada anterior» o «Ahora desembocamos en otro patio» o «Bien decía yo que te gustaría la canaleta» o «Ahora verás una cisterna que se llenó de arena» o «Ya verás cómo el sótano se bifurca». A veces me equivoco y nos reímos buenamente los dos». J. L. BORGES, «La casa de Asterión», *op. cit.,* 569-570.

[77] *Vid.* sobre la *Weimarer Verfassung* y discusión acerca de su crisis como necesidad interna D. ABRAHAM, *The Collapse of the Weimar Republic: Political Economy and Crisis*, New York-London, Holmes & Meier Publishers Inc., 1986; E. KOLB, *The Weimar Republic*, London, Routledge, 1988; A. J. JACOBSON y B. SCHLINK, *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2002; E. D. WEITZ, *La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia*, trad. de Gregorio Cantera, Madrid, Turner, 2009; U. DI FABIO, *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, München, Verlag C. H. Beck, 2018, y H. A. WINKLER, *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der ersten Deutschen Demokratie*, München, Verlag C. H. Beck, 2018.

[78] «Por lo demás, algún atardecer he pisado la calle; si antes de la noche volví, lo hice por el temor que me infundieron las caras de la plebe, caras descoloridas y aplanadas, como la mano abierta. Ya se había puesto el sol, pero el desvalido llanto de un niño y las toscas plegarias de la grey dijeron que me habían reconocido. La gente oraba, huía, se prosternaba; unos se encaramaban al estilóbato del templo de las Hachas, otros juntaban piedras. Alguno, creo, se ocultó bajo el mar. No en vano fue una reina mi madre; no puedo confundirme con el vulgo —aunque mi modestia lo quiera—». Cfr. *ibid*., 560.

[79] *Ibid*., 570.

[80] *Vid.* E. FORSTHOFF, «Concepto y esencia del Estado social de Derecho» (1954), en W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF y K. DOEHRING, *El Estado social*, trad. de José Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, 71-106: «El Estado de Derecho y el Estado social son, por tanto, en el sentido intencional completamente diversos, por no decir, antagónicos». Cfr. 86. *Vid.* del mismo autor en *El Estado social*, *op. cit.,* «Problemas constitucionales del Estado social» (1954), 45-67. E. FORSTHOFF (1902-1974), representante del constitucionalismo liberal europeo de posguerra, cerraba así la vía jurídico-*sustantiva* al constitucionalismo «social», reducido en su lectura jurídica a cláusula meramente *adjetiva*. A diferencia, sobre la importancia de la distinción entre aspecto formal y material del Estado social de Derecho, *vid.* E. BENDA, «El Estado social de Derecho», en E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL, K. HESSE y W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 1996, 487-559.

[81] J. L. BORGES, «La casa de Asterión», *op. cit.,* 570.

[82] *Ibid.*: «—¿Lo creerás, Ariadna? —dijo Teseo—. El Minotauro apenas se defendió».

titución de Weimar, Hitler ni siquiera necesitó derogarla. Para la ruina y demolición de «La casa constitucional de Weimar» bastaron apenas medidas de legislación ordinaria; medidas conocidas como de *gleichschalung* (coordinación) que permitieron al gobierno nazi en febrero y marzo de 1933 legislar sobre el contenido de la Constitución hasta hacerla insustancial, intrascendente e insignificante.

La casa de Asterión, por tanto, ofrece la imagen edilicia de una *casa* cuyo diseño constructivo constitucional no colapsa, ni será demolido, sino agónicamente renovado y rehecho —reedificado y *reificado*— terminando por ser otra cosa, otra *casa*, una ya irreconocible.

5. CULTURA LITERARIA DEL DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO

Lo que denomino «Cultura literaria del Derecho» quiere representar la variante latina del «Law and Literature Movement». Probado sobre temas y problemas de Derecho constitucional no se limita a promover intersecciones de naturaleza instrumental, que meramente susciten ocasiones para la convencional reconocibilidad de institutos o normas pertinentes al orden jurídico-político superior establecido en la Constitución. La «Cultura literaria del Derecho» arriesga un modo de lectura jurídica de la Literatura que, con propósito crítico, asimismo resemantiza el valor ficcional del Derecho. Circunstanciada aquí, en concreto, a tres relatos aparentemente ajenos a una voluntad de alfabetización jurídica, promueve la oportunidad a una comprensión del ordenamiento constitucional más reveladora que la obtenible a través de su presentación dogmática. En cualquier caso, la metáfora edilicia, patente en la constructiva arquitectural del moderno Derecho constitucional, no se agota en tales relatos. De modo no tan manifiesto, aunque no por ello menos expresivo, se halla presente en otras creaciones literarias que refieren experiencias constitucionales de transición y procesos o sucesos vinculados a ellas. Pienso en este momento en obras de GARCÍA MÁRQUEZ como *El coronel no tiene quien le escriba* o *Los funerales de la Mamá Grande*, en *El recurso del método* o *El reino de este mundo* de CARPENTIER, en *El Astillero* de Juan Carlos ONETTI... Pactos fundantes y su vocación ficcional; híbridos constitucionales; cierto mesianismo y padres fundadores en la idea de soberanía; el magistrado constitucional; «nuevo tiempo» para un mundo constituido, pero aún en el porvenir; naves a la deriva y otras por calafatear, y naufragios, pecios, tesoros... Tantos temas, tantos posibles enfoques. La «Cultura literaria del Derecho» tiene pendiente en el proyecto *Constitucionalismo y Literatura latinoamericana* una ilusionante perspectiva de lectura crítico-jurídica, para cuya realización este texto quiere servir de provocación y modesto acicate.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAHAM, D., 1986: *The Collapse of the Weimar Republic: Political Economy and Crisis*, New York-London: Holmes & Meier Publishers Inc.

AIZENBERG, E., 1997: *Borges, el tejedor del Aleph y otros ensayos*, Frankfurt am Main-Madrid: Vervuert-Iberoamericana.

— 1999: «"Nazismo es inevitable": Borges, el Holocausto y la expansión del conocimiento», en Alfonso y Fernando DEL TORO (eds.), *Jorge Luis Borges, Pensamiento y saber en el siglo XX*, Frankfurt am Main-Madrid: Vervuert-Iberoamericana, 273-280.

ALAZRAKI, J., 1977: «Tlön y Asterión: metáforas epistemológicas», en J. ALAZRAKI, *Versiones, inversiones, reversiones*, Madrid: Gredos, 86-88.

— 1983[3]: «Tlön y Asterión: metáforas epistemológicas» (1971), en J. ALAZRAKI, *La prosa narrativa de Borges,* Madrid: Gredos, 3.ª ed., 275-301.

— 1983: *En busca del unicornio: Los cuentos de Julio Cortázar*, Madrid: Gredos.

— 1987: «Tlön y Asterión: metáforas epistemológicas», en J. ALAZRAKI (ed.), *Jorge Luis Borges,* Madrid: Taurus Ediciones, 183-200.

ANDERSON-IMBERT, E., 1960: «Un cuento de Borges: "La Casa de Asterión"», *Revista Iberoamericana,* 25, 49, enero-junio, 33-43.

— 1961: «Un cuento de Borges: "La Casa de Asterión"», en E. ANDERSON-IMBERT, *Crítica interna*, Madrid: Taurus, 247-259.

— 1987: «Un cuento de Borges: "La Casa de Asterión"», en J. ALAZRAKI (ed.), *Jorge Luis Borges,* Madrid: Taurus Ediciones, 135-143.

ANDRÉS FERRER, P., 2001-2002: «J. L. Borges: "La Casa de Asterión", recreación intelectual de un mito», *Espéculo. Revista de estudios literarios,* 19 (oct. 2001-febr. 2002), accesible en *http://www.ucm.es/info/especulo/numero19/asterion.html*.

ANNICK, L. (1997): «Borges y el nazismo», *Variaciones Borges: revista del Centro de Estudios y Documentación «Jorge Luis Borges»,* University of Pittsburgh, 4, 117-135.

— 2007: *Borges ante el fascismo,* Oxford: Peter Lang.

ALETTA DE SYLVAS, G., 2013: «"Deutsches Requiem": Borges y una visión del nazismo», *A Contracorriente: una revista de estudios latinoamericanos,* North Carolina State University, 10, 2, Winter, 151-166.

ÁLVAREZ, N. E., 1991: «Lectura y re-escritura: la mitopoiesis de "La casa de Asterión" de Borges», *Revista Iberoamericana,* 57, 155, 507-518.

BALDERSTON, D., 1987: *Ficción y política. La narrativa argentina durante el proceso militar*, Buenos Aires: Alianza.

— 1990: «Historical situations in Borges», *MLN: Modern Language Notes,* 105, 2, marzo, 331-350.

— 1993: *Out of context: historical reference and the representation of reality in Borges*, Durhan and London: Duke University Press.

— 1996: *¿Fuera de contexto? Referencialidad histórica y expresión de la realidad en Borges*, trad. de Beba Eguía, Rosario: Beatriz Viterbo Editora.

BARRENECHEA, A. M.ª, 1967: *La expresión de la irrealidad en la obra de Borges* (1957), Buenos Aires: Paidós.

BARTHES, R., 1973: *Le Plaisir du texte*, Paris: Seuil.

— 1997: «Análisis textual de un cuento de Edgar Allan Poe» (1973), en R. BARTHES, *La Aventura semiológica*, trad. de Ramón Alcalde, Barcelona: Paidós España, 323-352.

BENDA, E., 1996: «El Estado social de Derecho», en E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL, K. HESSE y W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 487-559.

BERG, W. B., 1989: «La literatura argentina actual frente al problema de la autocrítica», en K. KOHUT y A. PAGNI (eds.), *Literatura argentina hoy. De la dictadura a la democracia,* Frankfurt am Main: Vervuert, 231-239.

BORELLO, R. A., 1991: *El peronismo en la narrativa argentina (1943-1955)*, Ottawa: Dovehouse Editions.

BORGES, J. L., 1939: «Ensayo de imparcialidad», *Sur* (Buenos Aires) IX, 61 (núm. esp. dedicado a la Guerra), 9 de octubre, 27-29.

— 1946: «Deutsches Requiem», *Sur* (Buenos Aires) XV, 136, febrero, 7-14.

— 1947: «La casa de Asterión», *Los Anales de Buenos Aires* II, 15-16, mayo-junio, 47-48.

— 1951: «Abenjacan el Bojarí, muerto en su laberinto», *Sur* (Buenos Aires) XIX, 202, agosto, 1-8.

— 1974: «La casa de Asterión», en J. L. BORGES, *Obras Completas, 1923-1972*, Carlos V. FRÍAS (ed.), Buenos Aires: Emecé Editores, 569-570.

— «Deutsches Requiem», en J. L. BORGES, *Obras Completas, 1923-1972*, cit., 576-581.

— 1995: «La fiesta del monstruo», en J. L. BORGES, *Obras Completas. En colaboración* (con A. BIOY CASARES), Buenos Aires: Emecé Editores, 392-402.

— 1999: «Ensayo de imparcialidad», en *Jorge Luis Borges en Sur (1931-1980),* Barcelona: Emecé Editores, 28-30.

— «Abenjacan el Bojarí, muerto en su laberinto», en J. L. BORGES, *Obras Completas, 1923-1972,* cit., 600-606.

BORGES, J. L., y BIOY CASARES, A., 1967: *Crónicas de Bustos Domecq,* Buenos Aires: Losada.

BUCH, E., 2002: «Ein "Deutsches Requiem": Between Borges and Furtwängler», *Journal of Latin American Cultural Studies,* 11, 1, 29-38.

BURGIN, R., 1969: *Conversations with Jorge Luis Borges,* Holt: Rinehart and Winston.

BURKE, E., 1807: *Indagación filosófica sobre el origen de nuestras ideas acerca de lo sublime y lo bello*, traducida al castellano por D. Juan de la Dehesa Rubiano, catedrático de leyes de la Universidad de Alcalá, Alcalá: Oficina de la Real Universidad.

BUSTOS DOMECQ, H., 1955 (J. L. BORGES y A. BIOY CASARES): «La fiesta del monstruo», *Marcha,* Montevideo, 30 de septiembre, 20-23.

— 1977: *Nuevos cuentos de Bustos Domecq,* Buenos Aires: Librería La Ciudad.

— 1985: «La fiesta del monstruo», en Emir RODRÍGUEZ MONEGAL (ed., introd., pról. y notas) (1981), *Jorge Luis Borges. Ficcionario. Una antología de sus textos,* México: Fondo de Cultura Económica, 259-269.

CALVO GONZÁLEZ, J., 1989: Recensión a Aldo Mazzacane, *I giuristi e la crisi dello Stato Liberale in Italia fra Otto e Novecento. Anuario de Filosofía del Derecho* (en adelante *AFD*) VI, 558-560.

CASTRO FLORES, F., 1992: «Laberintos», *Cuadernos Hispanoamericanos,* 505-507 («Homenaje a Jorge Luis Borges») (julio-septiembre), 269-278.

CHESTERTON, G. K., 1904: *G. F. Watts*, London: Duckworth & Company, 2 t.

— 2007: *G. F. Watts*, New York: Cosimo, Inc.

— 2011: *G. F. Watts*, trad. española de Aurora Rice Derqui, Salamanca: Ediciones Espuela de Plata.

CORTÁZAR, J., 1946: «Casa tomada», *Los Anales de Buenos Aires,* 1, 11, diciembre, 13-18.

— 1947: «Los Reyes», *Los Anales de Buenos Aires,* 20-22, oct.-dic., 34-48.

— 1949: *Los Reyes*, Buenos Aires: Gulab y Aldabahor (3.ª ed., Buenos Aires: Sudamericana, 1970).

— 1976: «Segunda vez», *Crisis*, Buenos Aires, 36, abril, 14-16.

— 1977a: «La deuxième fois», *Le Monde Diplomatique*, mayo, 7.

— 1977b: «Segunda vez», en J. CORTÁZAR, *Alguien que anda por ahí*, México: Hermes, 37-47.

— 1978a: «La deuxième fois», en J. CORTÁZAR, *Façons de perdre*, trad. par Laure Guille Bataillon, Paris: Gallimard (Coll. «Du monde entier»).

— 1978b: «Segunda vez», en J. CORTÁZAR, *Alguien que anda por ahí*, Madrid: Alfaguara, 45-57.

— 1978c: «Segunda vez», en J. CORTÁZAR, *Alguien que anda por ahí*, Barcelona: Bruguera, 35-46.

— 1984: «Una maquinación diabólica: las desapariciones forzadas», en S. YURKIEVICH (ed.), *Argentina: años de alambradas culturales*, Barcelona: Muchnik, 137-146.

— 2015: «Casa tomada», en *Cuentos completos I (1945-1966)*, pról. de Mario VARGAS LLOSA, Barcelona: Alfaguara (2018, 3.ª reimp.), 107-111.

CORTÉS LÓPEZ, V. H., 2008: «La puerta como signo de lo ambiguo-manifiesto en *Segunda vez*, de Julio Cortázar», *International Journal of Foreign Studies*, Hankuk University of Foreign studies. South Korea, 1, 1, julio, 81-91.

COSACOV, G., 2008: «*Deutsches Requiem*. Un texto de Borges sobre el mal», *Elementos. Revista de Ciencia y Cultura,* 72, 15, oct.-dic., 3-7.

CUMMINGS, J., 2004: «Borges y la parábola del nazismo: un análisis de la filosofía de Schopenhauer en "Deutsches Requiem"», *Céfiro: A Journal of The Céfiro Graduate Student Organization,* Texas Tech University, 4, 2, 16-20.

CURUTCHET, J. C., 1972: *Julio Cortazar o la crítica de la razón pragmática*, Madrid: Editora Nacional.

DELBUENO DE PRAT, M.ª S., 2007: «Una lectura de "La casa de Asterión" de Jorge Luis Borges a partir de la enunciación del poder», *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, UNICEN. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 12, accesible en *http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/997/874.*

DI FABIO, U., 2018: *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, München: Verlag C. H. Beck.

FERRER, M., 1971: *Borges y la nada,* London: Tamesis Book Limited.

FIORAVANTI, M., 2001: *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano: Giuffrè.

— 2002: *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari: Laterza.

FORSTHOFF, E., 1954: «Concepto y esencia del Estado social de Derecho», en W. ABENDROTH, «Problemas constitucionales del Estado social», *El Estado social*, cit., 45-67.

FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., 1986: *El Estado social*, trad. de José Puente Egido, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 71-106.

FRAGOSO, M., 1977: «"The House of Asterion" a God's Fall into Ignorance», en W. H. FINKE (ed.), *Estudios de Historia Literatura y Arte Hispánicos ofrecidos a Rodrigo A. Molina*, Madrid: Ínsula, 165-172.

GALLO, G., 1977: «Asterión, o el Divino Narciso», *Revista Iberoamericana,* 43, 100-101, julio-diciembre [especial «Inquisiciones sobre Borges», Alfredo A. ROGGIANO y Emir RODRÍGUEZ MONEGAL (dirs.)], 683-690.

GAMERRO, C., 2007: «Julio Cortázar, inventor del peronismo», en G. KORN (comp.), *El peronismo clásico: descamisados, gorilas y contreras*, Buenos Aires: Paradiso. Fundación Crónica General, 44-57.

GARCÍA PÉREZ, D., 2008: «Reverberaciones grecolatinas del mito del Minotauro en Jorge Luis Borges y en Julio Cortázar», *Nova tellus,* 26, 1, 205-239.

GOLD, B. K., 1981: «Labyrinths in Borges "House of Asterion"», *Helios,* 8, 49-59.

GÓMEZ MANGO, E., 1999: *Vida y muerte en la escritura: literatura y psicoanálisis*, Montevideo: Ediciones Trilce.

GÓMEZ LÓPEZ-QUIÑONES, A., 2004: *Borges y el nazismo: Sur 1937-1946,* Granada: Universidad de Granada.

GONZÁLEZ DE TOBÍA, A. M.ª, 1998: «Julio Cortázar y el mito griego. Vinculación y contraste con algunos tratamientos de Borges y Marechal», *Synthesis,* 5, 85-13.

GROSSI, P., 2010: *De la codificación a la globalización del Derecho*, present. y trad. de Rafael D. García Pérez, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.

HUICI, A., 1998: *El mito clásico en la obra de J. L. Borges,* Sevilla: Alfar.

JACOBSON, A. J., y SCHLINK, B., 2002: *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley: University of California Press.

JULIÁN PÉREZ, A., 1986: *Poética de la prosa de J. L. Borges,* Madrid: Gredos.

JURADO, A., 1964: *Genio y figura de Jorge Luis Borges,* Buenos Aires: Eudeba.

KOLB, E., 1988: *The Weimar Republic*, London: Routledge.

KORNBERGER, R., 1981: «Segunda vez. Ästhetik und Engagement bei Julio Cortázar», *Iberoamericana,* 2-3, 58-77.

KRISTEVA, J., 1974: *La révolution du langage poétique*, Paris: Seuil.

LOBO-SÁBER, R., 2017: «Entre la carne y el espíritu: el sublime burkiano en "La caída de la casa Usher" de Edgar Allan Poe», *Quaestiones Disputatae: temas en debate,* 10, 20, 75-100.

LOLME, J. L. DE, 1812: *Constitución de Inglaterra, o sea descripción del gobierno inglés comparado con el democrático, y con las otras monarquías de Europa*, trad. del inglés por Juan de la Dehesa Rubiano, Oviedo: En la oficina de Pedregal.

MAHLKE, K., 2012: «A fantastic tale of terror: Argentina's *disappeared* and their narrative representation in Julio Cortazar's *Second time round*», en M. C. FRANK y E. GRUBER (eds.), *Literature and terrorism: Comparative perspectives*, Amsterdam: Rodopi, 195-212.

MARTÍN GUTIÉRREZ, F., 1979: «La estética de Edmund Burke en la encrucijada del prerromanticismo», *Filología moderna*, Universidad Complutense, 65-67, 39-88.

MAZZACANE, A., 1986: *I giuristi e la crisi dello Stato Liberale in Italia fra Otto e Novecento,* Napoli: Liguori Editore.

MCGRADY, D., 1986: «El redentor del "Asterión" de Borges», *Revista Iberoamericana,* 52, 135, 531-535.

MENECHETTI, F., 1986a: *Concezioni e metamorfosi dello Stato nell'età giolittiana,* Milano: Giuffrè.

— 1986b: Recensión a Franca MENECHETTI, *Concezioni e metamorfosi dello Stato nell'età giolittiana,* Milano, Giuffrè, 1986, *AFD* VI, 561-563.

— 2016: *Justicia constitucional y Literatura*, pról. de Carlos RAÑOS NÚÑEZ, Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 49-51. Ahora también recogido en J. CALVO GONZÁLEZ, *La destreza de Judith. Estudios de Cultura literaria del Derecho*, Granada: Comares, 2018, 281-315.

— 2018a: *La destreza de Judith. Estudios de Cultura literaria del Derecho*, Granada: Comares.

— 2018b: «Derecho a la cultura», en J. DE LUCAS y J. M. RODRÍGUEZ URIBES (coords.), *Derechos humanos y Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 632-642.

MENTON, S., 1982: «Jorge Luis Borges, Magic Realist», *Hispanic review,* 50, 4, 411-426.

— 1983: *Magic realism rediscovered: 1918-1981*, Philadelphia: The art Alliance Press.

— 1994: *El realismo mágico en la pintura y en la literatura de tres continentes: 1918-1970*, Cuarta cátedra internacional de arte Luis-Ángel Arango, Bogotá: Editorial Luis-Ángel Arango.

— 1998: *Historia verdadera del realismo mágico*, México: Fondo de Cultura Económica.

MIZRAJE, M.ª G., 2008: «"Casa tomada" de Cortázar: políticas de la lengua», *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana,* 34, 68, 2.º semestre, 143-163.

NÚÑEZ, M.ª G., 2002-2003: «La discusión acerca del Mito y el Laberinto en "La Casa de Asterión" de J. L. Borges», *Espéculo: Revista de estudios literarios,* 22, nov. 2002-febr. 2003, accesible en *https://webs.ucm.es/info/especulo/numero22/asterion.html*.

ORCE DE ROIG, M.ª E., 1999: «La fiesta del monstruo "de Biorges": Un texto diferente», *Revista de Literaturas Modernas*, Mendoza, Argentina, 29, 233-248.

PÉREZ VENZALÁ, V., 1998-1999: «Incesto y espacialización del psiquismo en "Casa tomada" de Julio Cortázar», *Espéculo. Revista de estudios literarios*, Universidad Complutense de Madrid, IV, 10, nov. 1998-febr. 1999, accesible en *https://webs.ucm.es/info/especulo/numero10/cort_poe.html*.

PIMENTEL PINTO, J., 1998: *Uma Memória do Mundo: ficção, memória e história em Jorge Luis* BORGES, São Paulo: Editora Estação Liberdade.

PLANELLS, A., 1986: «*Casa tomada* o la parábola del limbo», *Revista Iberoamericana,* 52, 135-136, 591-603.

POE, E. A., 2017: *Cuentos completos*, 9.ª ed., trad. y pról. de Julio Cortázar, pref. de Carlos Fuentes y Mario Vargas Llosa, Fernando Iwasaki-Jorge Volpi (eds.), Madrid: Editorial Páginas de Espuma.

— «La caída de la casa Usher», en Edgar Allan POE, *Cuentos completos*, cit., 317-332.

PONS, M.ª C., 1992: «Compromiso político y ficción en *Segunda vez* y *Apocalipsis de Solentiname* de Julio Cortázar», *Revista Mexicana de Sociología*, UNAM, 4, oct.-dic., 183-202.

PORTILLO VALDÉS, J. M.ª, 2000: *Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid: CEC.

QUINTANA TEJERA, L., 2011: «La conciencia atormentada de un monstruo abandonado. "La casa de Asterión", Jorge Luis Borges», *Culturales,* 7, 14, 7-34.

RAMÍREZ, D., 2011-2012: «Morador del laberinto: mito, símbolo y ontología en "La casa de Asterión", de Jorge Luis Borges», *Ciencia ergo sum*, Toluca, México: Universidad Autónoma del Estado de México, 18, 3, noviembre 2011-febrero 2012, 225-232.

REISZ DE RIVAROLA, S., 1985-1986: «Política y ficción fantástica», *INTI. Revista de Literatura hispánica,* Providence College. Providence, 22-23 («Cortázar en Mannheim», núm. esp. auspiciado por Providence College y Universitat Mannheim), otoño 1985-primavera 1986, 217-230.

RODERO, J., 2017: «Los espectros de los desaparecidos: pasajes entre compromiso político y visión literaria en los últimos cuentos de Cortázar», *Neophilologus*, Gronigen, Nederland, 101, 1, 93-108.

RODRÍGUEZ FER, C., 1998: «Borges: escepticismo y fantasía», en A. RISCO, I. SOLDEVILLA y A. LÓPEZ CASANOVA (eds.), *El relato fantástico. Historia y sistema*, Salamanca: Ediciones Colegio de España, 143-168.

RODRÍGUEZ MONEGAL, E., 1977: «Borges y la Política», *Revista Iberoamericana,* 43, 100-101 (especial «Inquisiciones sobre Borges», cit.), julio-diciembre, 269-290.

— 1978: «Borges y la Política», *Diacritics,* 8, 55-69.

— 1983: *Borges por él mismo,* Barcelona: Editorial Laila.

— 1987: *Borges: una biografía literaria* (1978), trad. de Homero Alsina Thevenet, México: Fondo de Cultura Económica.

ROMANO, S., 1925: *Osservazioni sulla completezza dell»ordinamento statale,* Modena: Facoltá di Giurisprudenza.

— 1946: *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano: Giuffrè.

— 1950: *Scritti minori.* Premesso un discorso commemorativo di Vittorio Emanuele Orlando, en G. ZANOBINI (ed.), Milano: Giuffrè, vol. I («Diritto Constituzionale»).

— 1969: *Lo stato moderno e la sua crisi*, Milano: Giuffrè.

ROSENBLAT, M.ª L., 1987: «La nostalgia de la unidad en el cuento fantástico: "The fall of the house of Usher" y "Casa tomada"», en F. BURGOS (ed.), *Los ochenta mundos de Cortázar: ensayos,* Madrid: Edi. 6, 199-209.

RUSCALLEDA BERCEDONIZ, J. M.ª, 1980: «Acercamiento estructural a "La casa de Asterión" y "La otra muerte" de Jorge Luis Borges», *SinNombre,* XI, 1, abril-junio, 69-75.

SEBRELI, J. J., 1965: *Buenos Aires. Vida cotidiana y alienación*, Buenos Aires: Siglo XX.

SEILER, S., 2016: *Zwischen Anwesenheit und Abwesenheit. Die Figur des Verschwundenen in der Literatur der Moderne und Posmoderne*, Stuttgart: JB Metzler.

SHAW, D. L., 1989: «A propósito de "La Casa de Asterión" de Borges», en S. NEUMEISTER (ed.), *Actas del IX Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas, 18-23 de agosto de 1986,* Berlin, Frankfurt am Main: Vervuert, vol. II, 721-724.

— 2005: «The Presence of Myth in Borges Carpentier Asturias Rulfo and García Márquez», en S. M. HART y W.-C. OUYANG (eds.), *A Companion to Magical Realism*, Boydell & Brewer, 46-54.

SILVA BARANDICA, J. M., 2011: «Remanentes y causalidades críticas en "La fiesta del monstruo" de Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares», *Hipertexto,* 13, 132-139.

SOIFER, M., 1986: «Cortázar, "Casa tomada": casa desertada», *Letras*, 35, 173-184.

TERÁN, Ó., 1993: *Nuestros años sesenta. La formación de la nueva izquierda intelectual argentina 1956-1966*, Buenos Aires: Ediciones El cielo por asalto (red. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013).

TERRAMORSI, B., 1985-1986: «Acotaciones sobre lo fantástico y lo político: a propósito de "Segunda vez" de Julio Cortázar», *INTI. Revista de Literatura hispánica,* Providence College. Providence, 22-23 («Cortázar en Mannheim», núm. esp. auspiciado por Providence College y Universitat Mannheim), otoño 1985-primavera 1986, 231-237.

TWARDY, M.ª E., 2008-2009: «*Alguien que anda por ahí*: Julio Cortázar, literatura y exilio», *Espéculo: Revista Digital de Estudios Literarios,* 40, nov. 2008-febr. 2009, accesible en *http://www.ucm.es/info/especulo/numero40/coexilio.html*.

WALDEGARAY VIGHETTO, M., 2002: «Masa, individuo y celebración en "La fiesta del monstruo", de Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares», *América: Cahiers du CRICCAL,* 28 («La fête en Amérique latine», vol. 2), 155-161.

WEITZ, E. D., 2009: *La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia*, trad. de Gregorio Cantera, Madrid: Turner.

WHEELOCK, C., 1969: *The Mythmaker: A study of motif and symbol in the short stories of Jorge Luis Borges,* Austin: University of Texas Press.

WINKLER, H. A., 2018: *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der ersten Deutschen Demokratie*, München: Verlag C. H. Beck.

ZAGREBELSKY, G., 1995: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), epílogo de Gregorio Peces-Barba, trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta.

DERECHO Y LITERATURA: EL PROYECTO DE MARTHA NUSSBAUM*

M. Jimena Sáenz
CONICET-UNLP
mjimenasaenz@hotmail.com

RESUMEN. Este trabajo presenta una lectura de lo que Nussbaum llamó su «proyecto filosófico-literario» que permite vislumbrar cuál es su aporte y mirada distintiva a la discusión sobre las relaciones entre el derecho y la literatura. En base a esta lectura, se plantean una serie de «usos» que de esta pueden hacerse en el campo jurídico, o una serie de puntos donde el diálogo puede ser productivo.

Palabras clave: derecho y literatura, filosofía angloamericana y literatura, Nussbaum.

Law and Literature: the Project of Martha Nussbaum

ABSTRACT. This paper offers a reading of what Nussbaum called her «literary-philosophical project» that aims to show the contribution and the distinctive perspective that the author brings to the field of «law and literature». Based on this reading, it proposes three «uses» of literature in the world of the law, or three points in which the dialogue between law and literature can be productive.

Keywords: law and literature, angloamerican philosophy and literature, Nussbaum.

* Fecha de recepción: 13 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 12 de febrero de 2019.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.15

INTRODUCCIÓN

Durante la década de 1970 en el ámbito de la academia norteamericana, cobró fuerza institucional lo que se conoce como el movimiento «derecho y literatura». A partir de allí, el movimiento creció hasta incluir líneas y agendas de trabajo tan difíciles de catalogar como de reunir bajo un rótulo único; se expandió a través de las fronteras; y tuvo su momento de auge y entrada al *mainstream* de la discusión jurídica durante los años ochenta cuando propulsó de distintos modos la consideración del problema de la interpretación. Si bien este último es el aspecto más difundido y conocido del «derecho y la literatura», este trabajo propone revisar un proyecto que surgió durante ese mismo momento pero pareció quedar opacado por desarrollos subsiguientes o concomitantes: el proyecto filosófico-literario de Martha NUSSBAUM.

La obra de NUSSBAUM es vasta y lo prolífico es una de las características que la definen. Esta también se ha caracterizado por los cambios o giros en sus preocupaciones o ámbitos de preocupación. Así lo señala ella misma en un simposio que tenía por objeto discutir su obra, quejándose de que los trabajos tomaban «ideas de diversos estratos cronológicos» como si fueran compartimentos estancos, sin registrar en la diacronía los matices y giros que se produjeron (NUSSBAUM, 2000: 102). Entre esos giros, la literatura aparece desde los comienzos de su producción y permea toda su obra —sea como objeto específico de análisis, como referencia, como fuente de pensamiento—. Aquí me interesa entonces desplegar una visión de conjunto que de inteligibilidad a la gran cantidad de trabajos producidos entre 1980 y la primera década del tercer milenio, y delimitar dos grandes momentos en la obra de NUSSBAUM que circunscriben dos formas de relación entre la literatura, la filosofía y el derecho que se entrelazan. El primer momento agrupa sus trabajos de la década de los ochenta centrados en la filosofía moral; el segundo, sus trabajos de la década de los noventa —y posteriores— que amplían abiertamente el rango de sus preocupaciones hacia la filosofía política y el derecho[1]. Con este panorama pretendo recuperar también la primera parte de su obra que transcurre durante los ochenta, como parte de la reflexión sobre la literatura de NUSSBAUM útil para pensar algunas dimensiones o núcleos propios del derecho que usualmente queda o bien opacada por sus textos de la década de los noventa, o directamente excluida de los análisis que focalizan en el «giro literario del pensamiento político» (STOW, 2007) o el «giro literario en la academia legal» como lo llamó POSNER (POSNER, 1998: 305; BOTERO BERNAL, 2014).

[1] Estas dos fases son claramente delimitadas por Geoffrey HARPHAM (2006) que suele ser la referencia de todos los trabajos que periodizan la obra de NUSSBAUM. HÄMÄLÄINEN encuentra también una «división en dos» en la obra de NUSSBAUM marcada por un cambio desde una «preocupación por cuestiones de moral personal y desarrollo moral» hacia «cuestiones de justicia social, distribución de la riqueza, deberes de la sociedad hacia el individuo y cuestiones de derechos humanos»; un desplazamiento de sus figuras guía en la década de los ochenta —MURDOCH y B. WILLIAMS— hacia RAWLS y KANT en los noventa; un correlativo cambio en los blancos que tenía en mente en cada momento: el kantismo y el utilitarismo en tanto enfoques que enfatizaban o bien la conmensurabilidad de los valores o se centraban exclusiva y excluyentemente en los principios y las reglas en desmedro de la «percepción»; hacia una focalización en la crítica al utilitarismo en los noventa; así como un viraje en el vocabulario filosófico que pasa de la virtud y la percepción a los derechos, los principios abstractos y la justicia social (2016: 137).

En lo que sigue, el trabajo se organiza del siguiente modo. La sección 1 intenta aclarar la posición de NUSSBAUM en relación al movimiento «derecho y literatura» para precisar cuál es el aporte y la mirada distintiva que allí presenta. La sección 2 se dedica a examinar la primera etapa de su obra en donde la literatura y la reflexión sobre por qué es relevante para la filosofía angloamericana, cómo deberían pensarse las relaciones entre ambas y para qué introducirla en la conversación filosófica es una de sus preocupaciones centrales. Allí se definen al menos dos cuestiones que tendrán proyecciones en su pensamiento sobre el derecho: un modo de relación que privilegia mantener la diferencia entre los dos objetos y disciplinas, y un eje desde el que se plantea la relación, la experiencia de lectura ordinaria. La sección 3 se dedica a leer la segunda etapa de la obra de NUSSBAUM en la que el derecho cobra prominencia, en función de la diferencia que la autora había identificado como el gran aporte de la literatura. Esa diferencia estaba centrada en el rol de la contingencia y la vulnerabilidad; y el lugar de la percepción y las emociones en el razonamiento moral y luego jurídico.

1. NUSSBAUM Y EL MOVIMIENTO «DERECHO Y LITERATURA»

Si bien Martha NUSSBAUM aparece en la bibliografía y en el imaginario que rodea al «movimiento derecho y literatura» como una autora central, una figura multicitada y alistada en las filas de quienes quieren recuperar alguna variante de lo «literario» para el pensamiento jurídico, su posición en relación al movimiento es, por varias razones, extraña y en un punto dislocada.

NUSSBAUM es una figura extraña en primer lugar, por las razones más obvias y que afloran en la superficie: está formalmente y en sentido estricto, fuera de los terrenos que el «derecho y la literatura» intenta vincular, fuera del campo legal y fuera también del campo literario. En *Justicia Poética* (JP) había señalado su extranjería en relación al derecho: «Sigo siendo una aficionada en cuestiones legales, y [...] hago esta sugerencia desde afuera, con gran ignorancia del aspecto más técnico y formal del derecho —al que no deseo restar jerarquía y por el cual siento un gran respeto—» (1997: 17)[2].

Su carácter externo a los estudios literarios asume matices aún más extremos. Si bien desde los comienzos de su carrera filosófica, la obra de NUSSBAUM se mantuvo fuertemente ligada a la literatura, y esa es quizá la característica central de su firma filosófica, su figura no solo es ajena formalmente al ámbito literario en función de su formación disciplinar, sino que desde los inicios su proyecto filosófico-literario se construyó desde lo que los estudios literarios dejaban fuera. Así, en un ensayo de 1987 reunido luego en *El conocimiento del amor* [CA (1990), 2005], señalaba una «ausencia de lo ético» en la teoría literaria, no solo por la «ausencia de la filosofía moral» que contrastaba con la presencia de la epistemología y el análisis de distintos filósofos en general continentales (NIETZSCHE, HEIDEGGER, GADAMER, *i. e.*), sino también por la ausencia de «la pregunta metodológica de la filosofía moral y del sentido de apremio de la filosofía moral con estas cuestiones. La idea de que somos seres socia-

[2] Aunque también es justo decir que NUSSBAUM intentó llenar este hueco en repetidas ocasiones que se incrementan luego del 2000. Para una revisión completa del impacto del trabajo de Martha NUSSBAUM en el derecho, *vid.* WEST (2015).

les que tratamos de entender, en los momentos de gran dificultad moral, cuál podría ser, para nosotros, la mejor forma de vivir [...] no se encuentra en los escritos de los principales teóricos de la literatura» (2005: 313-314). O bien, en la cúspide de lo que S. VLASCOS reseña como «una década dominada por las abstracciones multiformes del discurso literario teórico de la Alta Teoría» (2014: 3), explicita que «después de leer a Derrida [...] siento una cierta ansia de sangre; esto es, de escribir sobre literatura que habla de las vidas y elecciones humanas como si estas fueran importantes para nosotros» (2005: 314). En este sentido, y de la mano con su interés ético en la literatura, NUSSBAUM parece otorgarle también una centralidad casi absoluta no al «lector profesional», «profesor de literatura» que lee «con desapego» (1998), «buscando teorías de la interpretación» (1997: 119), «a la manera desapegada del escéptico teórico de la interpretación» (1999: 371), sino al «lector común» o «lector ordinario» (2005: 66-70).

Aún en su ámbito natural, la filosofía, NUSSBAUM también aparece como una figura difícil de ubicar. Desde el momento en que «asomó su cabeza al mundo filosófico» cuando fue invitada a la reunión de la American Philosophical Association (APA) entre 1980 y 1981, y decidió escribir lo que sería su primer trabajo sobre la relación literatura/filosofía para «salir del casillero estrecho de ser una especialista histórica» (NUSSBAUM, 2009: 758), el trasvasamiento de los casilleros puede considerarse también una marca de su trayectoria filosófica. Geoffrey HARPHAM (2006) caracteriza su carrera como «deconstructiva», a pesar de las resistencias que NUSSBAUM opondría a esta caracterización. El movimiento general que parece dirigir su obra es tomar elementos degradados o menores, que quedaban en los márgenes de la tradición filosófica principal, y llevarlos al centro de la escena. Así ocurre con el pensamiento filosófico griego que en los primeros años de la década de 1980, cuando ella lo reivindica, había quedado relegado a la «infancia» de la filosofía moderna; con la tragedia clásica, a la que le quita el barniz de objeto antiguo distanciado y experiencia extraña que borra las fronteras entre la agencia y la estructura, libertad y destino, para situarla en el terreno mundano: «no creo que dichos problemas sean solo el alimento de la tragedia; pienso que forman parte de los hechos cotidianos de la razón» (2015: 33). Esto ocurre también con la novela, que quedaba fuera o en los márgenes de los intereses y materiales a los que recurría la investigación filosófica estándar de la posguerra; con las emociones, que eran excluidas de modelos altamente idealizados de la racionalidad o, en un plano más general, con psicología moral que pedía prestar más atención a la experiencia vívida del valor que al acabado perfecto de la teoría; y luego con su elección del punto de vista de la discapacidad y la animalidad para darle forma a su enfoque de las capacidades como teoría de la justicia parcial en contraposición a las teorías de base contractualista. Ese movimiento en su obra, que encaja de alguna forma en la clásica maniobra deconstructiva que señalaba HARPHAM, también puede ligarse de manera general a la mirada aristotélica que en este punto, como ella lo señala, coincide con la mirada que los estudios literarios le han adjudicado a la novela, y sobre todo a la novela realista que será el foco de interés en las etapas avanzadas de su obra. La primera es una mirada que ella definió en su primer libro, como «un gusto por lo ordinario y lo prosaico» que quedaba fuera de «las elevadas y rarificadas preocupaciones a que les tenía acostumbrados la filosofía» (2015: 338). En relación a la novela, señalaba: «Un rasgo que la separa [a la novela], hasta cierto punto de las [...] biografías e incluso los dramas trágicos: nominalmente, su interés en lo corriente, en las vidas cotidianas y en las luchas de la gente

común [...] los lugares que visitamos en la novela [...] ninguno de estos lugares había sido escogido para albergar las tragedias de Sófocles o de Racine [...]. Al leer estas historias nos abrazamos a lo común, que se ha convertido para nosotros en un objeto de interés y compasión» (NUSSBAUM, 1991: 21). En JP reiteraría este énfasis de la novela en lo común que se vuelve objeto de interés: «[h]ay otra característica de la lectura de novelas que es preciso destacar desde un principio: el interés de la novela por lo cotidiano [...] [e]sta era una característica del género desde su nacimiento, sobre todo en Inglaterra, y por eso está asociado con el surgimiento de la democracia» (1997: 34).

Desde esa posición extraña o dislocada, NUSSBAUM ingresa de manera lateral al movimiento «derecho y literatura» durante los inicios de la década de los ochenta, en la cúspide del momento «hermenéutico» de importación de Alta Teoría literaria al ámbito del derecho como caja de herramientas útiles para enfrentar la interpretación de textos legales. Si bien puede fecharse el ingreso de NUSSBAUM al movimiento durante los noventa, en el momento en que dicta las conferencias Alexander ROSENTHAL en la Facultad de Derecho de Northwestern (1991)[3], el primer eslabón de lo que ella llamó su «proyecto filosófico-literario» se sitúa en los primeros años de los ochenta, en el marco de otro contexto distinguible aunque relacionado, uno que, de manera más amplia, tenía como objeto la relación entre filosofía y literatura en el ámbito de la filosofía angloamericana. Con un pie entonces en la discusión sobre filosofía y literatura, la intervención de NUSSBAUM en el movimiento «derecho y literatura» tiene matices particulares.

Hacia los ochenta, el movimiento había desarrollado dos esquemas de relación entre el derecho y la literatura[4]. Los «humanistas» marcaban una diferencia inicial de la literatura, localizaban esa diferencia en los contenidos de la literatura e intentaban llevar esos contenidos al derecho, sea que se los designe como representaciones de actores, temas o espacios jurídicos que podían aportar una verdad sobre ellos; o como «contenidos éticos» de la literatura que se abstraen como proposiciones de las obras literarias. En los primeros años de los ochenta, el paradigma dominante del «derecho y la literatura», sin embargo, había girado por completo. No solo había abandonado el interés por las obras literarias, sino que también había logrado acercarse al canon central del pensamiento jurídico a partir de la creciente atención sobre la interpretación que tenía lugar en ese entonces. El momento «hermenéutico», entonces, acudía al campo literario en busca de modelos teóricos de amplio alcance que ayudaran a entender la empresa interpretativa del derecho. Su foco eran los textos legales, el material central que había que interpretar, y su principal objetivo era la actividad que llevaban adelante los jueces de las altas cortes. Así, tanto desde la mirada constructiva sobre el derecho como desde el ala crítica, se pensó a la interpretación jurídica como una especie del género interpretación que podía ser iluminada por las reflexiones sobre cómo llevar a cabo esa tarea en otros ámbitos. El tema aquí eran entonces las técnicas de lectura o in-

[3] Las conferencias conforman la base de lo que se publicaría luego como *Justicia Poética* [(1995) 1997].

[4] Sigo en este punto la periodización de la producción del movimiento propuesta por BARON (1999) y PETERS (2005) que distinguen tres etapas: una «humanista» durante la década de los setenta; una «hermenéutica» en los ochenta; y una «narrativa» durante los noventa. He completado esta periodización incluyendo una etapa de «estudios culturales del derecho» que surge a fines de los noventa y adquiere más presencia en el 2000; y otra situada en los estudios literarios que se consolida en los primeros años del cambio de milenio como «derechos humanos y literatura» (SÁENZ, 2014).

terpretación que habían producido los estudios literarios y que faltaban en el derecho, no el contenido o la verdad que la literatura podía aportar al campo jurídico.

NUSSBAUM aparece en ese marco casi a contracorriente, junto con un grupo de filósofos angloamericanos interesados en incluir a la literatura como parte de la reflexión filosófica. Lo que destaca a los filósofos en un contexto en el que la importación de Alta Teoría era la moneda corriente del cruce disciplinar literario, es su voluntad de introducir a las obras literarias mismas —en general, la novela— como parte de la reflexión filosófica. Y que lo hacían guiados justamente, como lo destaca HÄMÄLÄINEN (2016), por un interés por contrarrestar cierta tendencia en la filosofía moral de posguerra a reducir la investigación filosófica a las formas de la teoría, a lograr el cerrado y acabado teórico perfecto que recorte una serie de procedimientos para encontrar los principios correctos para la acción moral; así como a reducir el vocabulario al argumento por sobre otras formas de expresión. Lo que en el derecho funcionaba como un deseo de generar una cultura teorética en una disciplina fuertemente asociada a una profesión y un marco abstracto capaz de generar reglas y principios para gobernar una actividad que se descubría confusa —la interpretación—; en la filosofía moral de posguerra funcionaba exactamente del modo inverso: el impulso hacia la literatura era, en general, una forma de ensanchar hacia abajo el ámbito de la moralidad que retrataba la abstracción teórica, «un intento de hacer a la filosofía más vívida frente a las preguntas morales de la vida real» (HÄMÄLÄINEN, 2016: 50); un «giro hacia la vida», hacia la «psicología moral» o «hacia la experiencia real del valor de los seres humanos en este mundo» (VOGLER, 2007: 6); un reclamo «contra la prolijidad» de la filosofía como lo caracteriza Jane ADAMSON (1998: 84)[5].

Algo semejante señalan HORTON y BAUMEISTER en relación a la filosofía política (1996). Allí ellos reconstruyen el clima que llevó a los pensadores políticos hacia la literatura como uno de insatisfacción con la excesiva abstracción de la teoría y la centralidad del procedimiento deductivo; el carácter «descontextualizado y ahistórico» de los argumentos que producía; y sobre todo, su separación de la práctica y la vida política producida en parte, por el objetivo teorético principal de cerrado perfecto y simplificación. En ese contexto, expresan que «si la filosofía debe involucrarse más efectivamente con la práctica política debe volverse menos autorreferente; menos preocupada por ejemplo, con los problemas ingeniosos pero improbables de la teoría a gran escala, y más concentrada en mirar hacia el exterior y confrontar las realidades de la vida política. Adicionalmente, debería con certeza volverse menos ambiciosa en su escala, propósitos, y ocuparse menos de desarrollar una teoría general de la moralidad política y más de las contingencias y complejidades que son constitutivas de la política práctica» (1996: 12). Parte central de esa reorientación hacia las complejidades de la práctica y la vida política es para los autores el recurso a la literatura: «para desarrollar un entendimiento más rico, matizado y realista de la deliberación política, la literatura imaginativa puede tener un rol vital» (1996: 13).

[5] En un sentido aún más extremo de este giro hacia la literatura como un giro hacia la experiencia real del valor de los seres humanos, varias de las firmas filosóficas asociadas a la inclusión de literatura son también alistadas en posiciones que directamente descartan o se oponen a la teorización sistemática o bien a los reclamos de la razón. Entre los primeros suelen citarse a B. WILLIAMS, R. RORTY y C. DIAMOND; entre los segundos, a MACINTYRE.

Por otro lado, NUSSBAUM no parece interesada en la lectura literaria como interpretación, como forma o procedimiento distante para aislar significados, fijar sentidos de un texto y testearlos, que es el presupuesto de semejanza con el derecho que habilita la transferencia de modos y marcos interpretativos de la teoría literaria; ni tampoco en los modos de lectura del crítico literario —«el punto de vista disciplinar»— que desde el derecho se querían importar o de maneras más matizadas, traducir. Su propuesta se centra en cambio en la literatura como «experiencia del lector» (1997: 38), en la experiencia de lectura que proporcionan y a la que invitan los textos literarios, y en las potencialidades y usos que esa experiencia pueda tener en el pensamiento filosófico, político y moral. Esos dos puntos diferenciales del planteamiento de NUSSBAUM, quizá alentados por su posición anómala o dislocada dentro del movimiento, son los que la presentan como una autora interesante para pensar los caminos que puede seguir la articulación del derecho y la literatura. NUSSBAUM presenta, por un lado, a la novela como un correctivo o complemento de la teoría como forma dominante en el ámbito filosófico sin destituir a esta última del pensamiento moral y político. Por otro lado, presenta un eje diferencial en el que situar la relación entre el derecho y la literatura, que no está vinculado a la teoría de la interpretación ni tampoco a las lecturas más centradas en el contenido del momento humanista del movimiento, sino a la experiencia de lectura ordinaria, una experiencia compleja o de «niveles múltiples» como la entiende PHELAN (2007), que reúne intereses cognitivos, elementos y disposiciones afectivas e intelectuales. En este sentido puede entenderse que NUSSBAUM señale en JP que «no es preciso entonces considerar que una novela es políticamente correcta en todo sentido para apreciar la *experiencia de haberla leído* como políticamente valiosa» (1997: 112, cursiva añadida); y también que señale repetidas veces que su proyecto se basa en una descripción o una elaboración de la experiencia de lectura común, donde se une la literatura y la exploración práctica, porque «no son los lectores comunes, sino los teóricos, los que en ocasiones han sentido que la presión de una cuestión práctica, como una mano sudada sobre la exquisita cubierta de cuero, mancillaría la pureza de acabado del texto» (2005: 70).

En las secciones siguientes me ocuparé de esbozar una lectura de su «proyecto filosófico literario» que lo presenta basado en la experiencia literaria, y de rastrear en sus textos de los ochenta tanto el modelo conceptual de relación que plantea como las implicaciones en el ámbito de la filosofía moral al que se dirigía. Luego rastrearé los usos políticos en la esfera pública y el razonamiento jurídico que, apoyados en esos desarrollos iniciales, empiezan a vislumbrarse en los textos de la década de los noventa.

2. EL DIÁLOGO ENTRE LA LITERATURA Y LA FILOSOFÍA MORAL

En un trabajo publicado en 2009 NUSSBAUM rememora los inicios y el trayecto de lo que llamó su «proyecto filosófico literario». Allí ubica el comienzo de la empresa en los primeros años de los ochenta, cuando presentó la primera versión de su trabajo «Cristales imperfectos» que luego sería publicado en un número especial de la revista *New Literary History* (NLH, 1983) y reeditado para su inclusión en CA [(1990) 2005], donde reunió la serie de ensayos de la década de los ochenta dedicados a reflexionar sobre las relaciones entre la literatura y la filosofía moral. NUSSBAUM caratulaba allí

su proyecto inicial como un «diálogo disciplinar», un espacio de conversación entre dos interlocutores diferentes que precisamente por esa razón tienen algo interesante para decirse. Lo alejaba entonces de otro tipo de proyectos que fundados en las similitudes, terminan desplegando lo que BALKIN llamó los lenguajes «coloniales» de la interdisciplina, aquellos que terminan en la asimilación o la subordinación del «otro» disciplinar (1996). En NUSSBAUM no es en primera instancia lo común lo que moviliza el encuentro entre ambos espacios —«las cualidades que hacen que las novelas sean tan diferentes de los tratados dogmáticos abstractos son, para nosotros, la fuente de su interés *filosófico*» (2005: 71)—, sino que como lo expresó también Jane ADAMSON, «lo fructífero de su relación depende de sus valores diferentes» (1998: 85) y lo que se busca es la posibilidad de generar lo que JOHNSON llamó «un terreno conversacional intermedio» entre dos interlocutores diferentes (2007: 24).

A pesar de las críticas a NUSSBAUM de reducir el valor de la literatura, instrumentalizarla al servicio de una moralidad simplista (POSNER, 1998), o producir lecturas que eliminan el «lenguaje especial de la literatura, arruinan la complejidad del significado, o buscan inmoderadamente la intención del autor» (COMPAGNON, 2005); en NUSSBAUM es esa cualidad diferencial de la literatura lo que parecía necesitar la filosofía para repensarse a sí misma. En un trabajo posterior en donde reseña una serie de libros que vinculan lecturas de SHAKESPEARE con la filosofía (2008), sería más enfática en relación al descarte de proyectos de asimilación o subordinación de la literatura. Allí cuestiona el uso de textos literarios para identificar en ellos posiciones filosóficas familiares, transformándolos en un «manual básico para un curso introductorio a la filosofía» donde SHAKESPEARE aparece como «una especie de alumno que finalmente aprueba ese curso introductorio» y confirma las ideas que el filósofo «con cierto narcisismo» se complace en ver allí reafirmadas por la autoridad cultural (2008). Esa subordinación de la literatura al servicio de «ideas familiares» o de lo que «el filósofo ya pensaba» parece, a los ojos de NUSSBAUM, «no contribuir en nada a la filosofía o a SHAKESPEARE». En vez de considerar a la literatura como una pupila, como un objeto en el que confirmar ideas previas, NUSSBAUM propone tomarla como «guía» que abra el «asombro» del filósofo, un vehículo de pensamiento por derecho propio donde los aspectos estéticos o las cualidades literarias vinculadas a la forma y a la experiencia de lectura no solo deben tenerse en cuenta, sino que forman parte central de la contribución de la literatura a la filosofía moral (2008).

Ya en aquel ensayo publicado inicialmente en 1983, NUSSBAUM enfrentaba de lleno la pregunta sobre cuáles eran las características de las novelas que las volvían relevantes para el filósofo, por qué leerlas en el contexto de una indagación filosófica, y qué tipo de conocimiento indisponible por otros medios proporcionan (si es que lo hacen). Esta serie de preguntas, y el esbozo de respuesta que propone NUSSBAUM, fue lo que disparó la discusión y los comentarios de C. DIAMOND, R. WOLLHEIM, H. PUTNAM, *i. a.,* en las páginas de NLH (1983, v. 15, n. 1), usualmente considerada como el hito fundacional de la discusión «ética y literatura» en el mundo angloamericano. Si bien este debate puede aparecer a primera vista como una marca del gusto exótico de un grupo de filósofos, y llevar entonces a circunscribir esa serie, en el mejor de los casos, como una subespecialidad —más o menos interesante o atractiva— encapsulada dentro de un panorama filosófico que permanece intacto; una lectura atenta de esta

discusión inicial catapultada por NUSSBAUM permite ampliar el campo de miras. En la segunda parte de su trabajo, NUSSBAUM vincula la pregunta sobre el por qué de la inclusión de literatura a otra más amplia sobre qué es y qué debería ser la filosofía moral[6]; es decir, la inclusión de literatura era entonces también parte de un proyecto de reforma de los modos en que esta se concebía en el panorama de la posguerra: incluía centralmente una reivindicación de la filosofía clásica y de la figura de Aristóteles frente a las tradiciones dominantes del kantismo y el utilitarismo; y presionaba por «la necesidad de una filosofía moral que reconozca modos de pensar e imaginar que no se focalicen exclusivamente en principios generales», que extienda su interés más allá del momento del juicio, que reconozca como parte de su lenguaje algo más que el argumento (NUSSBAUM, 2009). En sentido similar, ANTONACCIO señala que la discusión «ética y literatura», «es en el fondo una discusión sobre el carácter de la ética misma: si es mejor entenderla como una cuestión de obligación, centrada en la agencia autónoma y en principios universales, o si es una práctica de cultivo de visión moral y las virtudes requeridas para la percepción imaginativa de particulares en situaciones concretas» (2012: 75). HÄMÄLÄINEN destaca este mismo punto, y organiza los cambios que se plantearon durante los ochenta en la filosofía moral angloamericana a partir de la inclusión de literatura de maneras que pueden leerse con centro en este tramo inicial de la obra de NUSSBAUM. Ella señala que la expansión del ámbito de la filosofía moral atravesó varios niveles e incluyó centralmente una serie de ítems que se conjugaron con discusiones que fueron concomitantes en el tiempo y en preocupaciones: particularismo/generalismo, teoría/antiteoría, y el *revival* de la ética de la virtud (2016). Esos niveles abarcaban «una insatisfacción con el foco exclusivo en los principios morales y la acción» y la presión por contemplar también dentro del radio de miras de la moralidad aspectos «vinculados al carácter y las virtudes, la percepción y las emociones». Por otro lado, el foco en la pregunta por el deber y la conducta interpersonal relegaba aspectos vinculados a preguntas más amplias que incluían el cómo debemos vivir aristotélico que NUSSBAUM reivindicaba como pregunta marco de su propia investigación. A estos dos niveles, agrega entonces el énfasis moderno «en enfoques procedimentales» que «se centran en lo correcto por sobre lo bueno» e hicieron posible una moralidad que funcionara independientemente de los compromisos que las personas tienen en el contexto de tradiciones e historias particulares (2016: 39-40).

En ese contexto de replanteamiento del panorama filosófico de la posguerra, la propuesta de NUSSBAUM de inclusión de la literatura como un vehículo independiente de pensamiento ético tenía tres puntos u objetivos particulares ligados a las características diferenciales que encontraba en la literatura: i) el reconocimiento de la importancia ética de la contingencia; ii) el rol de las emociones y las pasiones en la vida ética, y iii) el lugar de la percepción y la particularidad en el juicio y la deliberación moral. Si bien NUSSBAUM ubica esos rasgos por momentos en los textos literarios mismos, en otras ocasiones que creo son mayoritarias y explican mejor su posición los ubica en la experiencia de lectura. Es en esa peculiar relación entre el lector y el texto en donde aparece de manera experiencial la contingencia, se agudiza la percepción y despunta también una dimensión afectiva. En este sentido, la diferencia de la literatura no gene-

[6] Allí precisa: «En primer lugar, para evitar confusiones, debemos tener una idea aproximada de qué es la filosofía moral y en qué consiste su tarea» (2005: 258).

ra en NUSSBAUM una «teoría de la novela», de la literatura, o de la interpretación, sino que aparece como una relación y una experiencia particular con y a partir de un tipo de textos designados como literarios. Lo que llamó su «proyecto» de «diálogo entre filosofía y análisis literario», es una exploración de esa relación particular de los lectores con las obras literarias que ocurre en la lectura, y se sitúa «con respecto a esa actividad humana como lo haría una gramática descriptiva respecto al uso de la propia gramática por parte de un hablante nativo» (2005: 519).

Las formas de «uso» de la literatura que propone NUSSBAUM y que desarrollaré en la sección que sigue centrados en la vulnerabilidad y la belleza, la percepción y la empatía, ofrecen todo un campo de exploración de los modos en que nos involucramos con las obras literarias cotidianamente. Gran parte del atractivo de NUSSBAUM es esta apertura a explorar dimensiones de la experiencia de lectura descartadas por los marcos crítico-literarios profesionales que separan las emociones de la racionalidad, la crítica de la empatía, el ser afectado de la acción, la distancia de la involucración; que prefirieron el «agón» a la conexión sin más justificación. Esa apertura también abre la posibilidad de generar un puente entre el lector común que descansa en los orígenes de la posición crítica y la lectura profesionalizada, «una perspectiva menos despegada de experiencias ordinarias de lectura que preceden y sostienen a la crítica profesional: en vez de mirar a través de esas experiencias para ver las leyes ocultas que la determinan, las miramos de frente para investigar los misterios que están a simple vista» (FELSKI, 2015: 179)[7].

3. LOS USOS DE LA LITERATURA EN LA ESFERA PÚBLICA

Durante la década de los noventa, NUSSBAUM gira sus intereses del ámbito amplio de la ética y el foco en la deliberación individual, hacia la filosofía política. Si bien desde su perspectiva ambos proyectos se solapan, pues la buena vida «en última instancia [se define] en relación a un "nosotros", es decir, a personas que desean vivir en comunidad y compartir una concepción del valor» (2015: 43)[8]; hay un cambio de perspectiva hacia lo político y la esfera pública que puede presentarse como un «proyecto de sustracción» para acomodar su propuesta al marco del liberalismo político y el «consenso superpuesto» rawlsiano.

En este momento de su obra el derecho empieza a cobrar un protagonismo cada vez mayor; la función de la filosofía misma se reconsidera del amplio medio de «búsqueda de la sabiduría sobre nosotros mismos» (2005: 521) a presentar al filósofo como

[7] VASTERLING (2007) y JOHNSON (2004) también se detienen en esta característica de NUSSBAUM de poner en el centro al «lector ordinario» como su gran marca. Los cito con cierta extensión: «Dejar espacio en la lectura filosófica de la novela al "lector ordinario" es importante. En Nussbaum este punto se convierte casi en su marca personal, una declaración de intención deliberada» (JOHNSON, 2004: 26). En la formulación posterior de Vasterling: «Nussbaum toma como punto de partida no al lector profesional sino al amateur [...]. Tomar al lector ordinario o amateur como punto de referencia no es una debilidad sino, por el contrario, uno de los puntos más fuertes del trabajo de Nussbaum» (2007: 83).

[8] Así también lo especifica comentando a RICOEUR y su proyecto aristotélico, «la persona que se pregunta por la buena vida, no desea una vida solitaria, sino una vida junto a otros. Más aún, para Ricoeur como para Aristóteles, el aspecto institucional de esta vida está incluido en el deseo del bien: el agente quiere vivir una vida buena completa con otros en instituciones justas» (2002a: 271).

«abogado de la humanidad» (1995: 181); la literatura se corre del lugar central que había tenido durante los ochenta, y la pregunta ahora parece ser: «¿qué tanto de lo que he discutido en relación a la literatura dentro del pensamiento filosófico puede ser *usado* en la política y el derecho?»[9].

En este momento de usos políticos de la literatura de NUSSBAUM se pueden ubicar centralmente JP (1995) y *El cultivo de la humanidad* [CH (1998)] y de manera más indirecta y escueta *Mujeres y desarrollo humano* [MDH (2000)], *El ocultamiento de lo humano* [OH (2004)] y *Fronteras de la justicia* [FJ (2006)]. Inicialmente, puede pensarse este tramo en la obra de NUSSBAUM en relación a la literatura, también como un momento de «sustracción». Donde antes NUSSBAUM leía densas y complejas novelas modernas que incluían al último Henry JAMES, DICKENS, Virginia WOOLF, BECKETT; ahora, cuando el reclamo por el rol de la literatura se amplifica, se reduce correlativamente su corpus literario y aparece sobre todo la novela realista de «tema social» y junto a ella narraciones más finas y menos complejas de la experiencia de mujeres en India (en MDH) y de padres con hijos discapacitados (en FJ y OH).

Lo que aparece aquí como un problema inicial es la introducción del vocabulario del «uso» de la literatura que implica, por un lado, sacar a la literatura «fuera de sí» hacia otros terrenos; y por otro lado, sacarla en una dirección —el «uso»— que se asocia a la instrumentalidad, la unilateralidad y el interés, cuestiones que usualmente quedan fuera de las consideraciones estéticas. Este es, por otra parte, el foco central de una de las polémicas que define con claridad los problemas del campo «derecho y literatura», la polémica entre NUSSBAUM y Richard POSNER. Y en la definición del «uso» o las posibilidades de expandir su significado más allá de la instrumentalidad directa y unilateral, se plantea también el carácter «dialógico» de la relación entre el derecho y la literatura que NUSSBAUM había delineado en el ámbito de la filosofía moral y que se bosquejó en la primera sección de este trabajo.

En lo que sigue, intentaré una lectura de los «usos» de la literatura que propone NUSSBAUM incluyendo una reflexión sobre cómo esos «usos» extraliterarios pueden pensarse a la vez en términos estéticos clásicos, contra la acusación posneriana de perder en el camino la cualidad estética propia de la literatura. En este sentido, los usos que NUSSBAUM plantea están vinculados a la experiencia de lectura, pueden ser entendidos entonces como «usos» a la vez que exploraciones de «modos de involucración textual» (FELSKI, 2008), e incluyen una preocupación por la belleza (y la vulnerabilidad); la percepción (asociada a la mímesis literaria); y la imaginación empática (que NUSSBAUM asocia al reconocimiento y a las emociones). Esos usos, a la vez, recuperan las tres cuestiones en las que NUSSBAUM localizaba la diferencia literaria en los textos de los ochenta en relación a los tratados filosóficos abstractos: i) un reconocimiento de la contingencia y su significancia ética; ii) el rol de la percepción y la particularidad en la deliberación moral, y iii) el valor de las emociones (2005).

---

[9] En una entrevista publicada en 2011, NUSSBAUM señala esta relación entre su trabajo en el terreno de la filosofía moral y la literatura por un lado, y en el del derecho, por otro. Allí explica que «su intervención principal ha sido pensar cómo las obras literarias brindan una perspectiva distintiva a la filosofía moral. Sobre eso trataba CA. ¿Qué implicaciones tiene eso para el derecho? [...]. Creo que mi trabajo empezó fuera del terreno del derecho. Era sobre filosofía y literatura. Pero tiene implicaciones para el derecho, porque el derecho lidia con cuestiones de justicia humana, como la filosofía, y entonces se enfrenta a las mismas cuestiones» (2011: 8).

4. LECTURA Y EXPERIENCIA DE VULNERABILIDAD

El primer libro de Martha NUSSBAUM publicado luego de su tesis doctoral, *Fragilidad* (1986), comienza con un fragmento de una oda de PÍNDARO: «Pero la excelencia humana crece como una vid, nutrida del fresco rocío y alzada al húmedo cielo entre los hombres sabios y justos (Nemea, VIII, 40-2)». De ese fragmento NUSSBAUM resalta una «sugerencia de la imagen poética, a saber, que la peculiar *belleza* de la excelencia humana reside justamente en su *vulnerabilidad*» y completa luego que esa excelencia humana «jamás podrá ser invulnerable y conservar al mismo tiempo su belleza distintiva» (cursiva añadida, 2015: 29-30). En FJ (2006), cuando su obra ya había desarrollado un doble énfasis en la vulnerabilidad y la autonomía, repetirá la misma imagen conectándola ahora con la dignidad humana: «[nuestra] dignidad, es la dignidad propia de un animal, una dignidad que no podría poseer ningún ser que no fuera mortal y vulnerable, del mismo modo que la belleza de un cerezo en flor no es la belleza de un diamante» (2007: 142). La vulnerabilidad, desde aquel libro de 1986, puede pensarse como uno de los hilos que conecta su obra a lo largo del tiempo[10]. Si bien es cierto, como señala HARPHAM, que luego de su experiencia en India la vulnerabilidad y la contingencia «no se ven tan bien en el contexto de pobreza» (2006), en 1993 ella misma aclara frente a los «malentendidos», que el pensamiento sobre la vulnerabilidad y la belleza de la vida humana en *Fragilidad* no implicaba que «la buena vida humana es buena (o hermosa) porque es frágil» y en consecuencia habría que maximizar toda forma de vulnerabilidad (1993: 56)[11]. También es cierto que, a pesar de su giro hacia KANT en los noventa en busca de un «sentido de la dignidad humana universal y, *a fortiori,* de la idea de la igualdad en valor y dignidad de los seres humanos» como lo destaca en el prólogo a la reedición en 2001 de *Fragilidad*, esa idea debe ser «corregida» por la insistencia en la vulnerabilidad humana aristotélica que sostenía en la edición original de 1986. Esta permite reconocer una continuidad entre la dignidad y la necesidad, la animalidad y la razón de los seres humanos que KANT (y los desprendimientos modernos de la doctrina estoica al separar el ámbito de la naturaleza y el reino moral de los fines) impiden ver, da sentido «urgente y esencial» a las obligaciones por el bienestar de los demás e incentiva la necesidad de una «distribución y redistribución correcta de recursos» (2015: xi); visibiliza la dignidad presente en la satisfacción de necesidades materiales, así como da un nuevo sentido a las relaciones «con los demás animales y con nuestra propia animalidad» (2015: xii). Toda su obra sobre las emociones que tiene su centro en *Paisajes del pensamiento* (2001), a su vez, puede verse como un desarrollo de la centralidad de esta idea de vulnerabilidad: las emociones tienen en común un elemento cognitivo mínimo de reconocimiento de la vulnerabilidad y asignación de valor a objetos externos fuera del control del agente.

---

[10] Así lo sugiere Martha NUSSBAUM en una entrevista fechada en 2011. Ante la pregunta sobre si «hay algún hilo conductor que atraviese esta diversidad de tópicos [que Nussbaum aborda]», la filósofa norteamericana contesta «[e]l tema común es la vulnerabilidad humana, o la vulnerabilidad en general» (2011a).

[11] En el largo Prefacio a la reedición de *Fragilidad* en 2001, cuando sus preocupaciones se situaron de lleno en el pensamiento político, NUSSBAUM resalta este cambio «de acento»: «La importancia de no valorar la fragilidad como un fin en sí misma se pone claramente de manifiesto cuando se considera el pensamiento político», desde esa óptica, ciertas vulnerabilidades aparecen «como el resultado de sistemas políticos deficientes» (2015: xix).

La vulnerabilidad como parte de la experiencia de humanidad no ha sido el foco de la filosofía y la teoría política asociadas al derecho, que se han centrado en la autonomía y la agencia invulnerable, autosuficiente e independiente como núcleo de la idea de persona política. En este punto, la relación parece invertirse en el mundo del arte literario. Como lo destaca NUSSBAUM, no solo el registro literario de la vida humana incluye prominentemente la vulnerabilidad, como lo sugiere el ejemplo de la planta en la oda de PÍNDARO o como lo recuerda uno de los motivos de la expulsión de los poetas de la ciudad platónica: «Representan a héroes como Aquiles llorando y temiendo, y enseñan a los jóvenes a [...] identificarse con sus comportamientos no autosuficientes» (2005: 686)[12]. La forma narrativa misma «conforma los deseos de los lectores, asignándoles una preferencia por el movimiento hacia adelante sobre el estancamiento, por el riesgo sobre la autosuficiencia» (2005: 651); y sobre todo, en la experiencia de lectura literaria experimentamos nuestra vulnerabilidad. Este último punto, la experiencia literaria como experiencia de vulnerabilidad, es el que NUSSBAUM ha seguido primariamente para explorar el carácter diferencial de la literatura y el punto sobre el que articula sus diferencias con la prosa filosófica. Así, en CA (1990), establece la diferencia en los siguientes términos: «Leemos [la narración literaria] posponiendo el escepticismo, permitimos que nos conmueva el texto y los personajes que, con el tiempo, conversan con nosotros [...]. La actitud que tenemos ante un texto filosófico puede parecer, en contraste, conservadora e indiferente: pide razonar, cuestiona y escruta cada afirmación, desgaja la claridad de la oscuridad [...]. Ante una obra como esta nos sentimos humildes, abiertos, activos, y aun así llenos de poros. Ante una obra filosófica, durante su lectura, estamos activos, controladores, buscando no dejar flancos sin defensa ni misterio sin dilucidar [...]. No es solo emoción lo que falta, aunque ya es algo; también es pasividad, confianza, aceptación de la incompletitud» (2005: 506). Y es esta diferencia que enfatiza la vulnerabilidad, la que NUSSBAUM parece querer aliar también a la actividad filosófica misma y no solo añadir a sus temas, para transformarla en una «filosofía a escala humana», que «haría mejor en ocuparse de un discurso mortal y de pensamientos mortales [...] que no se deje seducir por el señuelo del intelecto que se basta a sí mismo [...], que piense y hable más humanamente, reconociendo en el discurso la condición incompleta y necesitada de la vida humana, sus relaciones de dependencia y de amor con personas y cosas que escapan a nuestro control» (2005: 689).

La vulnerabilidad como contrapartida de la autonomía autosuficiente también aparece registrada en los personajes lectores de las novelas que lee NUSSBAUM. En «Equilibrio perceptivo: teoría literaria y teoría ética», NUSSBAUM realiza una densa lectura de *Los embajadores* (1903) de Henry JAMES para avanzar un argumento sobre la moralidad de la percepción. Pero allí también aparece una lectura de uno de los personajes principales, el embajador Strether, que se distingue entre todos los habitantes

[12] De manera inversa, la autonomía ligada a la autosuficiencia e independencia es marginal en el registro literario. Así lo destaca NUSSBAUM en su respuesta al comentario de ELDRIDGE sobre CA: «Hay muy pocas novelas con un compromiso kantiano completo con la dignidad y la autosuficiencia de la voluntad moral —la forma misma lo resiste, construyendo un lector que, movido por el asombro, el suspenso y el amor por el sentido de que eventos azarosos en el mundo fuera y dentro del ser, tienen importancia» (1992: 202). Más adelante, en el mismo sentido señala que existe «una dificultad del filósofo de la autonomía [como SARTRE] para llegar a términos con el desordenado y accidentado mundo de la novela, lleno de encuentros, conflictos morales y amor» (1992: n. 12).

de Woollett y su «mandamiento de "simplificar" en aras de la pureza y la seguridad» (2005: 338). Allí se pregunta: «¿Qué prepara a Strether para ver de este modo? ¿Por qué de todos los que salieron de América [...], solo él ha salido de verdad, abriéndose a las influencias de la percepción? Se nos ofrecen algunas pistas. Una, seguramente es su escaso sentido de su propia dignidad. Se encuentra tan lejos de afirmarla hasta el punto de permitir ser tratado, continuamente, como un agente de propósitos ajenos [...] su voluntad de servirla [a Mrs. Newsome] como embajador muestra un sentido kantiano de autonomía que no es lo bastante fuerte. Ronda la inquietante idea, en la que James insiste, de que su propia debilidad pueda ser la preparación necesaria para este otro tipo de fortaleza [...]. Pues desde el principio, Strether da muestras de sostener una relación profunda con la literatura [...], siente un amor profundo por el arte literario y, sobre todo, por la novela. La imaginación del lector y del escritor se presentan como las habilidades que lo han preparado para ver y responder de un modo no kantiano; [...] su amor juvenil por los relatos se agolpa en su memoria, avivando su deseo de esperar a las personas y acontecimientos novedosos con la mirada "generosamente dispuesta" del novelista, con una adorable y no sentenciosa atención a su particularidad» (2005: 335). En ese pasaje, el personaje lector también aparece asociado a una cierta vulnerabilidad que NUSSBAUM liga a un valor y dignidad diferente a la dignidad kantiana, y esa vulnerabilidad parece ser la «preparación necesaria para otro tipo de fortaleza» que lo conecta con la multiplicidad de la vida y con los otros.

La experiencia de lectura literaria no solo permite leer sobre la vulnerabilidad humana —quizá la tragedia de su primer libro sea el lugar donde más ampliamente se registra este aspecto—, sino que cultiva también un sentido de la vulnerabilidad y de la aceptación de incompletitud y la corporalidad que está en la base de la sociabilidad humana y es la base de las relaciones igualitarias. Este quizá sea el principal punto de partida de OH (2004) para rechazar a las emociones del asco y la repugnancia en la vida democrática y el derecho. Allí se comienza explicando «que nuestra inseguridad es inseparable de nuestra sociabilidad y también de nuestra propensión a los vínculos emocionales; si nos vemos como dioses autosuficientes, no entenderemos los vínculos que nos unen a nuestros congéneres. Y esa falta de comprensión [...] engendra una perversión dañina de lo social, dado que las personas que se creen por encima de las vicisitudes de la vida tratan a los demás de modos que infligen, a través de la jerarquía, sufrimientos» (2006: 20). Y sobre el final del libro, se sostiene «que la imaginación y la fantasía, a menudo en relación con el arte y la literatura, son modos mediante los cuales los individuos pueden aprender a explorar los aspectos problemáticos de su humanidad sin angustiarse innecesariamente, y desarrollar así una noción más rica de sí mismos» que «aumenta la capacidad de imaginar las experiencias de los demás; ambas capacidades son cruciales, no solo para establecer relaciones personales satisfactorias, sino también para el funcionamiento de una sociedad liberal saludable» (2006: 340). Esta reflexión se refuerza en *Emociones políticas* (2014), cuando NUSSBAUM señala que una sociedad necesita un «espíritu poético, no solo unas reglas que promuevan esa igualdad de respeto, sino también por medio del juego y de la simpatía imaginativa, un ejercicio que incluya la vulnerabilidad y la disposición a renunciar a la omnipotencia, dos sentimientos propiciados por el espíritu "poético"» (2014: 231).

En OH, la inclusión de la vulnerabilidad junto a la capacidad autónoma de las personas es quizá la modulación más importante que la literatura le imprime al liberalismo

nussbaumniano (quizá también su característica más prominente) y sobre todo, a su imagen de la persona sujeto de derechos como un ser autosuficiente, independiente y completo. En este sentido pueden leerse los párrafos finales de la introducción que plantean que «el espíritu de este libro es menos afín a MILL que a WHITMAN [...], propone una sociedad que reconozca su propia humanidad y que no nos oculte de ella, ni a ella de nosotros; una sociedad de ciudadanos que admitan que tienen necesidades y son vulnerables, y que descarten las grandiosas demandas de omnipotencia y completitud que han permanecido en el corazón de tanta miseria humana, tanto pública como privada [...]; lo que estoy proponiendo es una sociedad en la que tales ficciones autoengañosas no dominen el derecho y en la que —al menos en la creación de las instituciones que moldean nuestra vida en común— admitamos que somos niños y que en muchos sentidos no controlamos el mundo» (2006: 30).

La vulnerabilidad en el derecho incluye, según Martha FINNEMAN, «un sujeto más complejo alrededor del cual construir políticas sociales y derechos, que reemplaza al sujeto autónomo e independiente de la tradición liberal y es más representativo de la experiencia vital humana» (2008). Esas políticas basadas en la vulnerabilidad universal, según FINNEMAN, pueden sobreponerse a los problemas de las políticas de la identidad, que identifican grupos excluidos o postergados para controlar o revertir esa situación con el riesgo de estigmatizarlos y, por otro lado, no llegan a cubrir a todos los grupos minoritarios que coexisten en sociedades plurales. NUSSBAUM también registra, junto a otras reformulaciones feministas de la autonomía[13], no solo las potencialidades políticas del registro de la vulnerabilidad de las personas que quedan oscurecidas por visiones de la autonomía tradicional, sino también los efectos dañinos de la imagen de persona que se basa en la autosuficiencia descorporizada, la independencia y el control: «El precio de la invulnerabilidad perfecta es demasiado alto» (2015: 408). Ese trabajo lo comienza en OH (2004) y lo expande en su reformulación de las teorías de la justicia contractualistas en FJ (2006). En OH, gran parte del argumento de oposición a otorgarle un rol político y una figuración en el derecho a las emociones de la vergüenza y la repugnancia está vinculado a cómo el mito del ciudadano autosuficiente y descorporalizado genera «vergüenza por la fragilidad humana, así como repugnancia ante los signos de nuestra animalidad» y cómo «ambas emociones están asociadas con formas de conducta social en las que un grupo dominante subordina y estigmatiza a otros grupos» proyectando en ellos su propia animalidad corporal y desvalimiento (2006: 381-382). De la misma forma, NEDELSKY señala que «las dimensiones corporales, afectivas e interdependientes del ser humano excluidas [del mito de la autosuficiencia descorporalizada] deben ir a algún lado, como de hecho han ido y se han adjudicado a las mujeres, las personas de color, y las clases trabajadoras» (2001: 249). Volver a colocar en el centro de la idea de dignidad tanto la capacidad racional de elegir y llevar adelante un plan de vida que presenta el derecho y la filosofía, como la corporalidad animal del ser humano y su fragilidad que registra la literatura (y pone en acto la experiencia de lectura) permite pensar de maneras más inclusivas tanto nuestra relación con los otros animales, como las políticas dedicadas a la vejez, la infancia, y el adecuado reconocimiento de las tareas de cuidado, así como también las formas de tratamiento de las discapacidades en la sociedad.

[13] Entre las feministas de la autonomía relacional, quizá la figura más destacada sea la de Jennifer NEDELSKY (2001, 2011).

5. PERCEPCIÓN Y «FORMALISMO ALTIVO»: LA LECTURA Y EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Aunque el foco para reconstruir las relaciones entre el derecho o el razonamiento jurídico y la literatura en NUSSBAUM ha sido comúnmente JP y primordialmente esas relaciones se centraron en la necesidad de incluir la empatía en aquel, quisiera centrarme aquí en otro trabajo de NUSSBAUM sobre la actividad de la Corte norteamericana durante 2006 (2007a). Cambiar el foco hacia ese trabajo creo que permite iluminar dos cuestiones. La primera es el marco general —un tipo de razonamiento particular que NUSSBAUM propone y vincula con la lectura literaria— en el que ese trabajo permite ubicar a la empatía, a la que me dedicaré en el siguiente apartado. La segunda razón es que este trabajo recupera una línea de continuidad entre los dos momentos en que puede dividirse la obra de NUSSBAUM —su etapa ética-aristotélica de la década de los ochenta y su etapa política-liberal posterior a 1990— y permite ver entonces el avance de un planteamiento sobre los usos de la literatura que no quiebra su obra en dos como usualmente sucede[14]. Ese trabajo, desde su subtítulo «percepción contra formalismo altivo», reintroduce en el vocabulario de la filosofía política de NUSSBAUM a la «percepción», que había sido el centro de su vocabulario moral y se vincula estrechamente con la idea de la vulnerabilidad tratada anteriormente.

Si bien podemos rápidamente asociar la percepción al mundo literario en distintos niveles que la incluyen como una facultad que despliega el autor, el artista, en su obra; como una destreza de los personajes para concebir las situaciones y a los demás, así como a cambiar su percepción a lo largo de una obra; o bien como algo que realiza el lector, una forma de atención que capturan los textos literarios y que ayudan a cultivar; también esta noción casi metafórica, débil, difusa y particularista, parece ajena al mundo del derecho y la deliberación práctica, su necesidad de categorías y de juicios certeros, su estructura adversarial, y la tendencia a la aplicación de normas y teorías o bien al razonamiento por subsunción. De hecho, como lo destaca HÄMÄLÄINEN, la percepción no aparecía entre los términos de la filosofía moral del siglo XX, interesada en diferentes procedimientos para encontrar los principios correctos para la decisión moral que suele informar al pensamiento jurídico; pero adquirió un impulso y «una carrera destacada sobre el filo del milenio, y uno de sus espacios de desarrollo fue la discusión sobre ética y literatura» (2016: 25).

Las formas de atención aguda que involucra la percepción son parte para NUSSBAUM, de la tarea de creación estética del novelista y correlativamente una de las dimensiones estéticas de la experiencia de lectura. Estas formas de atención, a su vez, también «nos ayudan a percibir los méritos del críptico *dictum* aristotélico "el juicio descansa en la percepción"» (NUSSBAUM, 2000) que «deja demasiado a los juicios particularizados y uno no puede estudiar los méritos de esa concepción sin estudiar complejos casos de esos juicios particularizados» (NUSSBAUM, 1998). En este último

[14] En la entrevista ya citada, NUSSBAUM se pregunta: «Qué implicaciones tiene para el derecho [CA]? Bueno, esas mismas ideas sobre [...] la percepción aristotélica que conectaba con las novelas tienen implicancias para el derecho, se trata de una cualidad de la imaginación [...] que sería importante desarrollar en los jueces» (2011).

sentido, las novelas —particularmente las de JAMES— muestran y ponen en acto en la lectura «cuán difícil es hacer justicia a todas las complejidades de una situación ética, y cuán indispensable es en esa situación la fina facultad de percepción» (2000).

NUSSBAUM ubica la oscura expresión aristotélica que prioriza la percepción de los particulares «en relación con su ataque a otro rasgo de las representaciones seudocientíficas de la racionalidad: la insistencia en que la elección racional puede encerrarse en un sistema de reglas generales o principios que, de este modo, se pueden aplicar sencillamente a cada nuevo caso» (2005: 134). Este aspecto de la inclusión de la percepción de lo particular es lo que ha sido señalado como su mayor innovación en la filosofía moral y también su intento de reforma más exitoso. Así, LANDY señala que «NUSSBAUM está en lo correcto cuando dice que el comportamiento moral completo requiere no solo adherir a principios generales, sino también atención a los matices que tienden a escapar al ámbito de los principios» (LANDY, 2012: 38). Por su parte, HORTON también acuerda con que «las novelas proveen un complemento necesario al estilo de teorización moral que, bajo formas kantianas o utilitaristas, ha sido distorsionado por el foco estrecho y exclusivo en las reglas, principios generales e informados por concepciones de la racionalidad lánguidas» (1996: 76). Desde el punto de vista literario, Terry EAGLETON ha considerado que este cambio en la concepción de la moralidad se adecúa para pensar las «dimensiones morales de la literatura [...] al cambiar el significado de "moral" desde una cuestión de códigos y normas a una sobre significados humanos, valores y cualidades» (2012: 59). Estas dimensiones morales, en su recuento, forman parte de una familia de rasgos que ayudan precisamente a distinguir lo literario. De manera que aquí el argumento de NUSSBAUM no se refiere a la imposición de un código de lectura ajeno a las dimensiones literarias o artísticas de la literatura, sino a un rasgo y una habilidad que la lectura pone en marcha y cultiva, que es parte de la experiencia que tenemos de la literatura. La exploración de la percepción es la exploración de una de las dimensiones estéticas de la lectura. Y es esa dimensión de la lectura, la percepción y la atención, la que tiene un significado moral en el marco neoaristotélico que propone: «Hay una complicidad entre la conciencia del lector (y escritor) de relatos y la moralidad de la percepción. Pues los relatos cultivan nuestra habilidad para ver y prestar atención a los particulares, no tanto como representativos de una ley, sino como lo que suponen en sí mismos» (2005: 337).

El tipo de razonamiento en el que se basa NUSSBAUM para desarrollar su concepción aparece por primera vez en los capítulos iniciales de *Fragilidad*, donde reflexiona sobre la lectura literaria. Allí, enfrentada a la lírica coral de *Antígona*, NUSSBAUM señala: «Reflexionamos sobre un incidente, no ya subsumiéndolo en una regla general ni traduciendo sus rasgos a los elegantes términos del método científico, sino en primer lugar hundiéndonos en las profundidades de lo particular y alumbrando imágenes y conexiones que nos permiten contemplarlo más verdaderamente y describirlo con mayor riqueza; y, en segundo lugar, combinando dicha profundización con el hallazgo de conexiones horizontales, de modo que, por una parte, cada una de estas contribuye a la profundidad de nuestra visión de lo particular considerado y, por otra, cada profundización genera nuevas relaciones horizontales» (2015: 113-114).

La percepción, asociada también a la «visión» de MURDOCH o la «atención» de Simone WEIL, es la facultad de percibir o atender a los rasgos relevantes de una si-

tuación. NUSSBAUM lo resume como un «entendimiento contextual y experiencial» (2007a: 25), y lista tres categorías de cosas que los principios generales, fijados de antemano a lo particular, no pueden capturar: los rasgos nuevos de las situaciones, el carácter contextual de los aspectos relevantes, y la relevancia ética de los seres particulares y las relaciones particulares (2005: 85-86). La inclusión de la «percepción» que en NUSSBAUM aparece como un adjunto de los principios a los que les impone ciertas características, tiende también a ampliar el foco de la deliberación moral de uno centrado en el momento de la elección (y la acción) a los momentos previos de descripción y redescripción de la situación; así como a modificar la escala, desde un razonamiento que comienza y sostiene una distancia alta de las situaciones particulares, hacia una escala más pequeña, que se mantiene cerca del contexto y la particularidad.

La prioridad de la percepción le imprime a la concepción del razonamiento de NUSSBAUM no solo un aspecto de inmersión en los particulares y el contexto que se opone a la visión distanciada que suele asociarse al «punto de vista moral» y a las figuras judiciales de altas instancias que condensan los modelos de razonamiento jurídico; sino también una dosis de «improvisación» y flexibilidad que no aparece —y es lo que se tiende a evitar— en formas de razonamiento basadas en la subsunción de particulares en categorías prefijadas, en la aplicación de reglas generales (o principios), o «en la búsqueda de fijación y estabilidad [...] en el textualismo» (NUSSBAUM, 2007a: 26-27). Aquí NUSSBAUM parece dejar a un lado, o situar en un nivel secundario, a la prolijidad teórica de los modelos de decisión, para poner en primer plano la respuesta a las situaciones concretas, la exploración de su complejidad, y la capacidad de revisión constante de marcos de percepción —en forma de reglas o principios— frente a lo particular situado.

En «Constitutions and Capabilities» (2007a) NUSSBAUM desarrolla estos rasgos del razonamiento perceptivo en el contexto judicial vinculado a su «enfoque de las capacidades». Allí opone el modelo de la percepción a lo que llama el «formalismo altivo». Este último es una visión que sostiene que el buen juicio requiere situarse a una considerable distancia de los hechos del caso y de la historia de lucha que frecuentemente revelan. No se trata solo de seguir reglas y principios, que si son «complejos y cercanos a la tierra», así como si se vinculan a la historia, serán parte del juicio perceptivo; sino de una «determinación a buscar y apegarse a cierto tipo de principios de alto grado de abstracción y distancia del contexto y la historia, sin importar que ese nivel de abstracción no sea el que mejor capture la complejidad del caso» (2007a: 28).

La percepción que NUSSBAUM señala como un ingrediente importante de las decisiones judiciales llama la atención sobre una cuestión subtratada en relación a la adjudicación judicial. Ella está vinculada a la importancia de la descripción y redescripción del caso en su contexto e historia particular: aquí la percepción indica que la tarea comienza mucho antes que el momento de la decisión, que la descripción correcta es un «logro moral» y que la actividad judicial puede asumir tonos más exploratorios o investigativos que adversariales y asertivos. Si bien NUSSBAUM está interesada en la lectura atenta de historias individuales de miembros de grupos desaventajados, de manera que los jueces analicen la historia de sus esfuerzos y localicen los obstáculos que enfrentan para gozar de los derechos, su atención en la percepción y en la exploración

compleja de los problemas situados en contexto, puede ser particularmente atractiva para pensar modelos de actividad judicial en relación a casos estructurales —en particular aquellos que involucran derechos sociales y que no están desarrollados en el contexto norteamericano en el que NUSSBAUM escribe— y en este sentido puede sumarse a las nuevas miradas sobre la intervención judicial que se desarrollaron con esos casos en miras.

Si en relación a la vulnerabilidad la lección literaria al derecho era una lección de humildad, en cuanto a la percepción se trata de una de posibilidad, de imaginar posibilidades y no «ir hacia una situación con posibilidades fijas y dadas, donde los términos de elección, las alternativas, son algo por lo que uno no tiene responsabilidad» (DIAMOND, 1996). Cora DIAMOND lee el trabajo de NUSSBAUM sobre la percepción vinculado a la imaginación de posibilidades y a la improvisación. Contrapone allí la concepción del razonamiento moral de FRANKENA con la de NUSSBAUM: «Frankena va hacia una situación con posibilidades fijas y dadas [...]; el razonamiento moral consiste en aplicar principios y reglas en los hechos del caso. No se plantea la posibilidad de que el pensamiento moral tenga lugar en lo que toma como los hechos del caso, cómo se llega a verlos, cómo se los describe. Los hechos son los hechos, descríbelos y luego vendrá el trabajo moral: aplica tus principios [...]. El agente moral debe tomar las alternativas fijas y determinar cuál está apoyada por mejores razones». En NUSSBAUM en cambio, «la improvisación señala una forma enteramente diferente de ver qué involucra la vida moral, la vida *simpliciter*, en la que la posibilidad y el ejercicio de la visión creativa están unidos» (1996). De igual manera que en el razonamiento moral, en la actividad judicial la descripción perceptiva del caso, y con ella la apertura de alternativas, también debería verse como parte del razonamiento jurídico que lo llevan más allá de tomar las «alternativas fijas y determinar cuál está apoyada por las mejores razones». La exploración de las complejas capas que involucran los problemas que llegan a los tribunales como una tarea que los jueces deben llevar a cabo y por la que son responsables es una cuestión que se ha puesto en el centro de escena judicial por los proponentes de «intervenciones dialógicas» y «experimentalistas» (GARGARELLA, 2014; SABEL y SIMON, 2004), que también se apoyan en una concepción más flexible y con altas dosis de improvisación y «experimentación» judicial. De hecho, el paso de un «modo adversarial a uno investigativo» entre jueces y partes que se embarcan en «un esfuerzo por encontrar una nueva definición del problema y sus soluciones»; y donde se reconoce que «las obligaciones de reformar instituciones y responder a los derechos no están asignadas de antemano con precisión, sino que se van creando de forma conjunta durante el proceso» (GAURI y BRINKS, 2012: 425-426), se asemeja bastante a la idea de la prioridad de la percepción y la centralidad de la descripción compleja y no reductiva de los problemas, así como a la salida de esquemas de decisión donde las «posibilidades están fijadas de antemano» y solo resta elegir una u otra en un esquema de ganador y perdedor. La actividad del juez aquí se parece más a la del lector de *Antígona,* cuya actividad perceptiva reconstruía NUSSBAUM en *Fragilidad* como una en la que «no se reflexiona sobre un incidente [...] subsumiéndolo en una regla general ni traduciendo sus rasgos a los elegantes términos de un método científico», sino que se asemeja a la de «una araña en su tela, capaz de sentir y reaccionar al estirón que se produzca desde cualquier parte de su compleja estructura» (2015: 114).

6. LA IMAGINACIÓN EMPÁTICA: EL DERECHO Y LOS «OTROS»

Si bien la empatía y la compasión no figuraban como preocupaciones centrales dentro de la obra de NUSSBAUM de la década de los ochenta, ambas son el foco de sus preocupaciones político-literarias luego de los noventa y llegaron a transformarse en la sinécdoque que resume todo su proyecto filosófico-literario. Este contraste es más claro si se toma como punto de comparación su primer libro. Allí, la empatía y la compasión tienen ocurrencias aisladas y solo son mencionadas sin exploración conceptual o de sus implicaciones para el argumento del libro[15]. Esta escasa presencia de lo que luego se transformará en el centro de su lexicón filosófico contrasta con la frecuencia con la que recurre allí al término «receptividad» que, en cambio y a diferencia de la empatía, aparece asociada no a la emoción compasiva, sino a otra emoción que luego no tendrá amplio desarrollo en su obra: el asombro[16].

Sin embargo, a pesar de las diferencias intuitivas entre la empatía y la compasión por un lado, y la receptividad y el asombro por el otro, ambos grupos parecen vincularse en torno a las relaciones que establecemos con lo que parece distante, diferente, fuera de control inmediato por parte del agente en los términos de los filósofos morales o, en el vocabulario de los estudios literarios, está teñido de otredad. Esta relación con la otredad es lo que NUSSBAUM parece encontrar escenificado en la lectura literaria y es también lo que considera la «promesa política de la literatura»: «Que nos puede transportar, mientras seguimos siendo nosotros mismos, a la vida de otro, revelando similitudes, pero también las profundas diferencias entre él y yo, haciéndolas comprensibles o acercándose a ello»; o reformulado en relación a la vida cívica y en términos de «reconocimiento»: «La gran contribución de la literatura a la vida del ciudadano es su capacidad para arrancar de nuestras obtusas imaginaciones un reconocimiento de aquellos que no son como nosotros» (2005a: 147-148). La imaginación narrativa o empática que la literatura cultiva en sus lectores es, por otra parte, «un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de las personas cuyas vidas están distantes de las nuestras» porque «una ética de respeto imparcial por la dignidad humana no logrará comprometer a seres humanos reales a menos que estos

[15] La empatía tiene una sola aparición en *Fragilidad*, en el capítulo 10 dedicado a la «Deliberación no científica» aristotélica, como una de las habilidades junto a la imaginación, la perceptividad y la flexibilidad del «hombre prudente» (2015: 395). La compasión, por su parte, solo se menciona al tratar la tragedia de Esquilo y el dilema de Agamenón (cap. 2) y en el epílogo centrado en la lectura de *Hécuba* de EURÍPIDES (2015: 503). En CA (1990), tanto la empatía, como fundamentalmente la simpatía y la compasión, ganan más terreno y preparan el camino que se seguirá en los noventa.

[16] El asombro, por caso, no es trabajado en profundidad en el texto sobre las emociones por antonomasia (2001). Allí sin embargo, sí se lo caracteriza como una emoción anómala dentro del repertorio humano que sigue NUSSBAUM por no ser eudaimonista: «La excepción más llamativa [a la estructura eudaimonista] parecería la emoción del asombro [...]. Esta emoción responde a la atracción que ejerce el objeto, y podría afirmarse que en ella el sujeto es máximamente consciente del valor del objeto, y solo es consciente en grado mínimo, o en ninguno, de la relación del mismo con sus propios planes» (2008: 76-77). Así como también se sugiere que el asombro «constituye en ocasiones un ingrediente de otras emociones» que matiza el elemento eudaimonista, o bien ayuda a «atraer objetos distantes hasta el ámbito del esquema de fines de una persona» (2008: 78). En este punto, podría pensarse al asombro en un punto intermedio entre las emociones (donde aparece por momentos en el esquema nussbaumniano) y los «estados mentales de la razón o el pensamiento». Agradezco este punto al revisor anónimo de la revista.

sean capaces de participar imaginativamente en la vida de otros, y de tener emociones relacionadas con esa participación» (1997: 18).

Si bien se ha tendido a leer este argumento de manera lineal —la literatura cuenta historias sobre otros y genera o cultiva la empatía frente a extraños, esa empatía es uno de los pilares de la buena ciudadanía y del buen juez—, como un uso instrumental que saca a la literatura del ámbito estético para introducirla en una dudosa ética y política de la empatía; y por otro lado, como una confusión entre un ámbito de lectura privado y solitario que se proyecta sin más a otro público; también es posible leer el argumento —con sus problemas— de manera multidimensional, incluyendo dimensiones estéticas, políticas y éticas de la lectura que proyectan una forma de «uso» de la literatura más dialógico. Leído de esta forma, el argumento incluye un reclamo estético, que pide incluir dentro de la experiencia estética de lectura a lo que a veces llama empatía, otras reconocimiento, y en ocasiones imaginación participativa, narrativa o identificación empática. Por otro lado, parece establecer una relación entre ese aspecto de la experiencia de lectura que sucede en un ámbito privado y una determinada conducta moral (o un desarrollo moral, el cultivo de una habilidad moral imprescindible para la vida en común), cívica en el ámbito público, de atención y preocupación que se extiende más allá de los personajes y el mundo de ficción hacia las personas reales, una «política de la empatía» que llevaría a la acción pro-social e igualitaria. O bien, en un sentido diferente, establece una relación entre esa experiencia empática y una visión ética distinta de aquella basada exclusivamente en el «respeto imparcial» de la razón, para incluir un aspecto emocional. Estos tres aspectos permanecen entrelazados en la formulación nussbaumniana, de manera que es la estética de las obras literarias, a partir de sus propios recursos y sin perder su estatus como arte, la que interviene en la política y proporciona un punto de vista diferencial que se pone en diálogo con el «punto de vista moral» tradicional basado en una imparcialidad desapegada y distante. En otro espacio me dediqué a cada uno de estos aspectos o dimensiones de la empatía (Sáenz, 2019), aquí me centraré en su dimensión «legal» y los problemas que aparecen cuando se la intenta incluir en el ámbito del derecho.

El capítulo final de JP se dedica a explorar el rol y las funciones de la imaginación empática y las «emociones humanizadoras» que involucra, en el ámbito de la práctica del derecho. Para ello se centra en la figura del juez —una figura en particular, el juez de altas instancias— y revisa una serie de casos constitucionales decididos por la Suprema Corte norteamericana y un tribunal de apelaciones federal que incluyen *Hudson vs. Palmer* (468 U.S. 517, 1984); *Mary Carr vs. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corp.* (32 F. 3d 1007, 1994); *Bowers vs. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986).

De la discusión que la autora genera en ese capítulo final quiero centrarme aquí en dos cuestiones que aparecen como el foco sobre el que giran otros desarrollos de la «empatía legal» y el tratamiento de la diferencia en el derecho. La primera es el problema de la imparcialidad y los modos de reformularla para acomodar allí a las emociones del entendimiento empático del otro diferente. La segunda está vinculada al modelo de juez y el espacio del juicio en el que la literatura de la empatía legal se centra, que es uno diferente del que aparecía entre los «hermenéuticos» del movimiento derecho y literatura que se ceñían a los jueces que interpretan documentos legales usualmente tomando como ideal a los jueces de altas instancias más cercanos al pensamiento abs-

tracto y general de la teoría. Si bien NUSSBAUM parece tomar a las altas instancias también como modelo (y de allí toma sus ejemplos de «jueces literarios»), la inclusión del entendimiento empático parece también acercar esas altas instancias a zonas inferiores, más cercanas a lo particular de los casos, más proclives a lidiar con la confusa materia fáctica, y a lectores más amplios que se extienden desde los documentos legales a los complejos dramas humanos.

La otredad y la diferencia han desafiado a la idea de imparcialidad como abstracción de las emociones y la imaginación particularista, junto con su concepción de la razón sin cuerpo que desvincula a la facultad de juicio racional de los afectos (NEDELSKY, 2001)[17]. La empatía despierta los mismos recelos de parcialidad. Esto se volvió particularmente visible con la controversia que despertaron las declaraciones de 2009 del entonces presidente Barack Obama en relación a la nominación de jueces de la Corte Suprema donde expresó, entre otras cosas, que: «Voy a buscar a alguien que entienda que la justicia no se trata de una abstracta teoría legal o una nota al pie en un *casebook.* Se trata también sobre cómo nuestras leyes afectan las realidades diarias de las vidas de las personas [...]. Veo esa cualidad de empatía, entendimiento e identificación con las esperanzas y luchas de las personas, un ingrediente esencial para arribar a decisiones y resultados justos»[18]. La controversia, o «la guerra de la empatía» como la llamaron en la prensa, encendió críticas que la asimilaron al «prejuicio», la «parcialidad» o el «activismo» (WEST, 2011). En ese marco, la imaginación empática puede verse como antagonista del derecho, sea por un énfasis cultural en el «legalismo», un apego excesivo al formalismo y el seguimiento de reglas para dotar de autoridad y seguridad a las decisiones; debido a la cultura adversarial del derecho (HENDERSON, 1987); a «las reglas de los tribunales que requieren que uno no use un lenguaje considerado emocional, que hable en un paradigma legal basado en reglas de evidencia que destrozan las narrativas en pequeñas piezas» (DELGADO, 1996); o a una idea de neutralidad basada en la «altiva distancia respecto de los particulares» que se contrapone con la «llamada al contexto» del entendimiento empático (NUSSBAUM, 1997: 118).

Según entiendo, la inclusión de la imaginación empática y las emociones que conlleva en la propuesta de NUSSBAUM no intenta desbancar el lugar del «razonamiento técnico legal, el conocimiento de la ley y los constreñimientos de los precedentes» que «desempañan una función central en el buen juicio, circunscribiendo los límites dentro de los cuales debe obrar la imaginación» (1997: 118). Pero sí implica una ampliación de la razón para incluir a las emociones como pensamientos evaluativos y modos de involucramiento con el valor humano de los hechos que presentan los casos. En este sentido, el «juez literario» empático e imparcial se opone a «un juez que cultiva el distanciamiento escéptico» o «concibe el razonamiento judicial según el modelo del razonamiento formal científico», «a un juez que prefiere una altiva distancia» de los «hechos concretos del caso y las historias de lucha que frecuentemente revelan» (NUSSBAUM, 2007a: 26). Las narraciones, y la literatura, funcionan como señala Stephen BREYER

[17] Jennifer NEDELSKY ofrece un recuento de tres posiciones con amplio impacto que vinculan la diferencia y las emociones para cuestionar el ideal de imparcialidad: la «ética del cuidado» de C. GILLIGAN, la teoría de la diferencia de I. M. YOUNG y el feminismo antiesencialista de E. SPELMAN (2001).

[18] Declaraciones de 1 de mayo de 2009, disponibles en *www.nytimes.com/2009/05/01/us/politics/01souter.text.html.*

en la audiencia de nominación para la Corte Suprema, como una manera de «bajar de la torre» y recordar que «cada una de las personas» que en la lejanía pueden parecer iguales, tiene una historia particular para contar. La empatía es, en su forma mínima, un reconocimiento de la humanidad situada en una historia contextual de las personas, y por otro lado, un recordatorio de la incompletitud del propio punto de vista, que no está ni podría estar en «la torre» de BREYER, sino que logra completarse desde abajo, imaginando empáticamente otras perspectivas.

La manera de incluir a las emociones en el juicio (o educar y evaluar las que ya están allí) y sostener a la vez el ideal de imparcialidad de NUSSBAUM, se basa en un «dispositivo de filtración» que toma de Adam SMITH y de lo que considera es la posición del lector de literatura: el espectador juicioso. Esa figura artificial ayuda a distinguir cuáles serán las emociones apropiadas del buen juez. El espectador juicioso es, primero que nada, un espectador no implicado en la situación, pero que la observa de cerca «como un amigo preocupado» (1997: 108). Es distante en el sentido de no implicado personalmente, pero mira de cerca la situación con todos sus detalles y su densidad contextual, y su posición es rica en emociones. El espectador «no tendrá las emociones y los pensamientos concernientes a su seguridad personal; y en ese sentido será imparcial» (1997: 108), pero en él «no se distingue la razón de la emoción» porque una de sus «facultades morales más importantes es la capacidad de imaginar claramente en qué consiste ser cada una de las personas cuya situación él se imagina» (NUSSBAUM, 1997: 108). Así, en los ejemplos de NUSSBAUM, el juez Stevens en *Hudson vs. Palmer* reconstruye el punto de vista del prisionero para calibrar el daño que genera la inspección violenta de su celda y determinar el alcance del derecho a la privacidad desde ese punto de vista; y POSNER puede señalar que existió acoso hacia Mary Carr reconstruyendo, desde el punto de vista de esa mujer en esas circunstancias, el significado de lo que el supervisor de la fábrica no «consideraría ofensiv[o]». En estos casos, las emociones funcionaron como recordatorios de la incompletitud del propio punto de vista del juzgador e impulsaron a reconstruir vívidamente las perspectivas del prisionero en «Hudson» y de la mujer en «Mary Carr». En esos casos, los jueces de altas instancias se involucraron con una reconstrucción densa de los hechos que incluían las perspectivas y el significado humano para sus propios protagonistas, y que usualmente asociamos a la actividad menor que llevan a cabo los jueces inferiores. Como señala SCHEPPELE, la distancia en relación a los hechos aumenta de manera correlativa al ascenso en la estructura judicial, de manera que los jueces de las instancias bajas lidian ante todo con la materia confusa de las situaciones fácticas y responden de manera directa ante las partes, y las instancias superiores van especializándose en el encuadre jurídico técnico. Lo mismo ocurre, en general, con los sistemas de jurados y la división del trabajo y los saberes: los legos son los encargados de los hechos; los jueces letrados, del derecho (SCHEPPELE, 1990). La regla implícita en este esquema parece indicar que, a mayor autoridad, mayor distancia de los hechos, de la cara humana de los casos, de la compleja historia de luchas detrás de cada derecho. Y, correlativamente, la autoridad y la imparcialidad aumentan cuando aumenta la distancia.

De hecho, la empatía está asociada a espacios de juicio cercanos a los hechos y las personas, «a bajas instancias legales, encuentros de abogados y clientes o jueces que enfrentan los hechos en primera instancia», y los proponentes de la empatía y las narraciones se han centrado «no en las cortes de apelaciones, sino en juicios orales

que ponen a circular historias concretas» y en los encuentros entre jueces, partes y abogados (HENDERSON, 1987). Aún en ese marco dominante que confina la empatía a las instancias inferiores, tanto HENDERSON como NUSSBAUM proponen incorporarla a los procesos que transcurren en las altas instancias. Para ello, NUSSBAUM enfatiza la necesidad de pensar en un modelo de juez capaz no solo de leer documentos técnicos legales y «decir el derecho», sino de leer los hechos y su significado humano y social, así como de reconocer la incompletitud de su perspectiva y la necesidad de reconstruir la de los otros. Lynne HENDERSON, por su parte, basa su análisis en las audiencias orales que ocurren ante la Corte norteamericana como espacios de encuentro entre jueces, abogados y partes. En ambas, el argumento por la inclusión de la empatía como ingrediente del razonamiento legal es también uno que modifica la imagen de los jueces de altas instancias usualmente asociados a la lectura de documentos técnicos alejados del examen fáctico y contextual de los problemas, los pone en un mayor contacto con las perspectivas de los participantes en los casos y los sumerge en la exploración de las complejidades contextuales de los problemas que involucran. En este punto, si bien el planteamiento de NUSSBAUM sobre la imaginación empática de los jueces ha sido asociado a una forma «monológica» de actuación judicial en donde la reconstrucción de la perspectiva de otros en la imaginación de los jueces suple la necesidad de escucharlos; también se podría pensar que el ideal del juez empático que propone puede incluir una dimensión de reestructuración del espacio de juicio, de manera que incluya esas otras perspectivas por sí mismas y en la propia voz de las personas involucradas en los casos. En otro espacio hemos argumentado, junto a Miguel BENEDETTI, que la inclusión de audiencias públicas que involucren la participación de abogados y partes de los juicios en el repertorio de prácticas institucionales de la Corte argentina tiene la potencialidad de generar espacios de juicio más empáticos, contextuales, sumergidos en la complejidad fáctica y que disminuyan el tono adversarial hacia uno más conversacional (BENEDETTI y SÁENZ, 2016: 169-170). En este sentido, las propuestas por la consideración de la empatía como un ingrediente del razonamiento judicial y una habilidad judicial valiosa pueden extenderse hacia un rediseño institucional que contemple un rol judicial más alejado de la torre que señalaba BREYER, y más cercano a la sociedad y las experiencias de las personas a las que se dirige.

7. CONCLUSIONES

En este trabajo presenté una lectura de la obra de Martha NUSSBAUM que espero permita vislumbrar cuál es su aporte distintivo a la discusión sobre las relaciones entre el derecho y la literatura. Para ello, amplié el corpus que suele tomarse como base y que usualmente se limita a JP (1995), para incluir su trabajo previo y posterior en el área que, en el marco de una periodización de su obra que destaque los cambios y reorientaciones, creo que ilumina —además de ciertas continuidades en su obra— una respuesta o una serie de orientaciones sobre cuál es el valor de la literatura para el derecho, los usos que allí pueden dársele, y los efectos de esa alianza. Recuperar su proyecto presenta dos atractivos adicionales: por un lado, porque abre el panorama del «movimiento derecho y literatura» asociado muchas veces de manera excluyente a las firmas de la Alta Teoría con auge durante las décadas de los setenta e inicios de

los ochenta hacia un rumbo diferente, señalando que la afinidad del derecho puede no estar vinculada a plataformas teóricas de amplia escala, sino precisamente a lo contrario, a introducir a las obras literarias mismas para señalar los límites de esos modelos abstractos; por otro lado, presenta un mapa de exploración de la experiencia de lectura ordinaria o común que los críticos literarios profesionales habían dejado de lado y que merece, al menos, ser discutido.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMSON, J., 1998: «Against tidiness», en J. ADAMSON, R. FREADMAN y D. PARKER (eds.), *Renegotiating Ethics in Literature, Philosophy, and Theory*, New York: Cambridge University Press, 84-112.

ANTONACCIO, M., 2012: *A Philosophy to Live By*, Oxford: Oxford University Press.

BALKIN, J., 1996: «Interdisciplinarity as colonization», 53 *Washington & Lee Law Review,* 949.

BARON, J., 1999: «Law, Literature and the Problems of Interdisciplinarity», *Yale Law Journal,* 108, 1059-1085.

BENEDETTI, M., y SÁENZ, M. J., 2016: *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Aperturas y límites de la participación ciudadana,* Buenos Aires: Siglo XXI.

BOTERO BERNAL, A., 2014: «¿La lectura literaria forma buenos jueces? Análisis crítico de la obra "Justicia Poética"», *Revista In Jure,* año 3, núm. 5, 34-91.

COMPAGNON, A., 2005: «What is Literature for?», lección inaugural en el College de France, disponible en *http://books.openedition.org/cdf/3314?lang=es.*

DELGADO, R., 1996: «Rodrigo's Eleventh Chronicle: Empathy and False Empathy», 84 *Cal. L. Rev.,* 61.

DIAMOND, C., 1996: «Missing the Adventure: Reply to Martha Nussbaum», *The Realistic Spirit*, Cambridge: The MIT Press, 309-318.

EAGLETON, T., 2012: *The Event of Literature,* New Haven: Yale University Press.

FELSKI, R., 2008: *The Uses of Literature,* Malden, MA/Oxford: Blackwell.

— 2015: *The Limits of Critique,* Chicago: University of Chicago Press.

FINNEMAN, M., 2008: «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law and Feminism,* vol. 20 (1), 1-23.

GARGARELLA, R. (comp.), 2014: *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática,* Buenos Aires: Siglo XXI.

GAURI, V., y BRINKS, D., 2012: «Human Rights as Demands for Communicative Action», *Journal of Political Philosophy,* 20 (4), 407-431.

HÄMÄLÄINEN, N., 2016: *Literature and Moral Theory,* New York: Bloomsbury.

HARPHAM, G., 2006: *The character of criticism,* New York: Routledge.

HENDERSON, L., 1987: «Legality and Empathy», *Michigan Law Review,* vol. 85, 1574-1653.

HORTON, J., y BAUMEISTER, A. (eds.), 1996: *Literature and the Political Imagination,* London: Routledge.

JOHNSON, P., 2007: *Moral philosophers and the novel: a study of Winch, Nussbaum and Rorty,* New York: Palgrave Macmillan.

LANDY, J., 2012: *How to do Things with Fiction,* Oxford: Oxford University Press.

NEDELSKY, J., 2001: «Embodied diversity and the challenges to law», en R. BEINER y J. NEDELSKY (eds.), *Judgment, Imagination, and Politics: Themes from Kant and Arendt,* Boston: Rawman & Littlefield, 229-256.

— 2011: *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law,* New York: Oxford University Press.

NUSSBAUM, M., 1986 (2015): *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega,* Madrid: La balsa de la medusa.

— 1990 (2005): *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura,* Madrid: A. Machado.

— 1991: «The Literary Imagination in Public Life», *New Literary History,* 22 (4), 877-910.

— 1992: «Reply to Richard Eldridge», *Arion: A Journal of Humanities and the Classics Third Series,* vol. 2, núm. 1 (Winter), 198-207.

— 1993: «Reply to papers», *Philosophical Investigations,* 16:1, 46-86.

— 1999: *Sex and Social Justice,* Oxford: Oxford University Press.

— 1995: «"Lawyer for humanity": Theory and Practice in Ancient Political Thought», *Nomos,* vol. 37, 181-215.

— 1995 (1997): *Justicia Poética,* Chile: Andrés Bello.

— 1997: «Capabilities and Human Rights», *Fordham Law Review,* 66, 273-300.

— 1998: «Exactly and Responsible: A Defense of Ethical Criticism», *Philosophy and Literature,* 22, 364-386.

— 1998 (2005a): *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal,* Barcelona: Paidós.

— 2000: «Aristotle, Politics, and Human Capabilities: A Response to Antony, Arneson, Charsworth, and Mulgan», *Ethics,* vol. 111, núm. 1 (oct.), 102-140.

— 2000 (2002): *Las mujeres y el desarrollo humano*, Barcelona: Herder.

— 2001 (2008): *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones,* Barcelona: Paidós.

— 2002: «Ricoeur on Tragedy. Teleology, Deontology, and Phronesis», en J. WALL, W. SCHWEIKER y D. HALL (eds.), *Paul Ricoeur and Contemporary Moral Thought,* New York: Routledge.

— 2004 (2006): *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley,* Buenos Aires: Katz.

— 2006 (2007): *Las fronteras de la justicia,* Barcelona: Paidós.

— 2007: «Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism», *Harvard Law Review,* 121, 4-97.

— 2008: «Stages of Thought», *The New Republic,* 7 de mayo.

— 2009: «Ralph Cohen and the Dialogue between Philosophy and Literature», *New Literary History,* vol. 40, núm. 4, Tribute to Ralph Cohen (Autumn), 757-765.

— 2011a: «Interview with Martha C. Nussbaum», disponible en *https://www.lawandliterature.org/area/documenti/Interview%20with%20M.C.%20Nussbaum%20by%20M.%20Cuccu.pdf.*

— 2011b: «Entrevista a M. Nussbaum», disponible en *http://ar.globedia.com/entrevista-martha-nussbaum-fina-birules-anabella-tullio.*

— 2014: *Emociones políticas,* Barcelona: Paidós.

PETERS, J. S., 2005: «Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion», *PMLA,* 20, núm. 2, 442-452.

PHELAN, J., 2007: *Experiencing Fiction,* Ohio: The Ohio State University Press.

POSNER, R., 1998: *Law and Literature,* Cambridge: Harvard University Press.

SABEL, C., y SIMON, W., 2004: «Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds», 117 *Harv. L. Rev.,* 1015.

SÁENZ, M. J., 2014: «Literatura y derechos humanos: un "campo naciente"», *Revista Derecho y Ciencias Sociales,* núm. 10, 24-55.

— 2019: «Reconsiderando la empatía en el movimiento "derecho y literatura"», *Revista Derecho del Estado,* núm. 42, en prensa.

SCHEPPELE, K. L., 1990: «Facing Facts in Legal Interpretation», en R. POST (ed.) *Law and the Order of Culture*, Berkeley: University of California Press, 42-77.

STOW, S., 2007: *Republic of readers? The literary turn in political thought and analysis*, Albany: State University of New York Press.

VASTERING, V., 2007: «Cognitive Theory and Phenomenology in Arendt's and Nussbaum's Work on Narrative», *Human Studies,* vol. 30, núm. 2, 79-95.

VLASCOS, S., 2014: *Ricoeur, Literature and Imagination,* UK: Bloomsbury.

VOGLER, C., 2007: «The Moral of the Story», *Critical Inquiry,* vol. 34, núm. 1, 5-35.

WEST, R., 2011: «The Anti-Empathic Turn», *Georgetown Law Faculty Publications,* 678, disponible en *http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/678.*

— (ed.), 2015: *Nussbaum and the Law,* UK: Routledge.

INJUSTICIA SOCIAL Y DERECHO PENAL: SOBRE LA ILEGITIMIDAD POLÍTICA DEL CASTIGO *

Javier Cigüela Sola

Universitat Oberta de Catalunya
jciguela@uoc.edu

RESUMEN. Una cosa es afirmar que un sujeto merece un castigo, otra que ese castigo es necesario para prevenir delitos futuros, y otra bien distinta que la instancia de imputación tiene la autoridad moral y/o política requerida para imponerlo. El presente artículo trata de analizar el modo en que las teorías de la pena, tradicionales y contemporáneas, han abordado la tercera cuestión, a la que nos referiremos como «problemática política del castigo»; en segundo lugar y en ese marco, trata de cuestionar la legitimidad del Estado para castigar a aquellas personas cuyos delitos están conectados a una injusticia que él mismo ha producido o tolerado. Analizada la cuestión en el nivel de la teoría de la pena, el artículo llama la atención sobre la necesidad de proponer una articulación dogmática para esa nueva forma de deslegitimación, concretamente a través de la noción de inexigibilidad.

Palabras clave: Injusticia social, exclusión, legitimidad política, retribución, prevención, inexigibilidad.

Social injustice and criminal law: on the political illegitimacy of punishment

ABSTRACT. It is one thing to affirm that a subject deserves a punishment, another that such punishment is necessary to prevent future crimes, and a very different one is that the instance of imputation has the moral and/or political authority required to impose it. This article tries to analyze the way in which theories of punishment, from the most traditional to the contemporary, have addressed the third question, which we will refer to as «political problem of punishment»; secondly and in such frame, it challenges the legitimacy of the State to punish those whose crimes are connected to an injustice produced or tolerated by the authority itself. Once the question has been analyzed at the level of the theory of punishment, the article calls attention to the need of articulating such a de-legitimation tool in the theory of crime, more specifically through the notion of unenforceability.

Keywords: social injustice, exclusion, political legitimacy, retribution, prevention, unenforceability.

* Fecha de recepción: 29 de mayo de 2018. Fecha de aceptación: 1 de abril de 2019.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.16

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta sobre la legitimación de la pena se ha presentado históricamente como una sobre los fines de la pena, desarrollándose en la tensión entre dos cuestiones diferencias: la de si es retrospectivamente merecida, objeto de las teorías retributivas, y la de si es prospectivamente útil o necesaria, objeto de las preventivas[1]. Cualquiera que asome la vista por la manualística penal al uso verá que la dialéctica entre ambas preguntas ha sido no solo el principal motor de una muy rica discusión, sino simultáneamente su límite. Así, leemos claramente en ROXIN que «la necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídico-penal se da sin más con la existencia de culpabilidad»[2]. Desarrollos más recientes de la discusión ponen en evidencia que este planteamiento no agota los problemas de legitimación que presenta el derecho penal en el mundo moderno —esto es, en las sociedades democráticas—, en la medida en que da por supuesto lo que aquí se describe como la dimensión política del castigo, esto es, el conjunto de condiciones sociopolíticas que ha de cumplir la instancia de imputación —en este caso el Estado— para poder ejercer su derecho a castigar de modo legítimo. Lo que DUFF ha llamado precondiciones de la responsabilidad penal, y SILVA SÁNCHEZ presupuestos sociopolíticos del castigo[3].

El presente artículo trata de indagar en esa perspectiva, analizando los problemas jurídicos (también morales y políticos)[4] que se aprecian en aquellos casos en los que el delito está conectado a un contexto de injusticia social —pobreza, marginalidad, discriminación— producida o tolerada por el propio Estado, en un sentido que permita cuestionar la legitimidad de su castigo aun cuando se trate de un comportamiento antijurídico y culpable. Sobre esa base, en primer lugar se explorará el lugar que ha ocupado la problemática política del castigo, y concretamente la injusticia social, en las teorías tradicionales de la pena (2); se analizará, en segundo lugar, el modo en que las recientes teorías de la ciudadanía penal han supuesto un cambio en el marco de discusión, en cierto modo politizando la teoría de la pena y permitiendo así una mayor problematización —todavía por explotar dogmáticamente— de la injusticia social (3); para cerrar, previa a la conclusión, con una llamada de atención sobre la necesidad de

---

[1] Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, 1992: 179 y ss., 202 y ss. SEELMANN, 2008: 159 y ss., quien se refiere a ello como un fenómeno que ocurre especialmente a partir del fin del siglo XVIII; ORTIZ DE URBINA, 2017: 419 y ss., quien distingue además entre la discusión norteamericana y la continental.

[2] ROXIN, 1997: 792; JESCHECK (1993: 56 y ss.), por su parte, distingue la pregunta de la justificación de la pena respecto de la pregunta por su sentido o fines (retribución/prevención). Sin embargo, restringe la «justificación político-estatal de la pena» a la necesidad de un orden coactivo que mantenga el orden jurídico como «condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad». Ello no resuelve, en mi opinión, toda la problemática política de la pena, pues no se dice nada de qué condiciones ha de cumplir la instancia que debería mantener ese orden. Haciendo el mismo diagnóstico, y con múltiples referencias, ORTIZ DE URBINA, 2017: 421 (nota 7).

[3] DUFF, 2001: 76 y ss., 195 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2013.

[4] El presente trabajo parte de la idea de la «unidad del valor» desarrollada recientemente por DWORKIN (2011), según la cual no es posible separar los razonamientos y argumentaciones que realizamos en los planos de la moral, la política y el derecho. En lo que aquí respecta, ello implica que las argumentaciones sobre la legitimidad (jurídica) del castigo son permeables a lo que la moral y la política tienen que decir al respecto. Siguiendo a DWORKIN: PAWLIK, 2017: 78 y ss.

trasladar el problema político de la pena a la teoría del delito, concretamente a través de la construcción de un tipo de inexigibilidad referida no al sujeto imputado, sino a la instancia de imputación (4).

2. LA DIALÉCTICA ENTRE RETRIBUCIÓN-PREVENCIÓN Y EL PROBLEMA POLÍTICO DEL CASTIGO

Una cosa es afirmar que un sujeto merece un castigo, otra que ese castigo es necesario para prevenir delitos futuros, y otra bien distinta que la instancia de imputación tiene la autoridad moral y/o política requerida para imponerlo[5]. *Grosso modo,* la teoría retributiva se ha ocupado de la primera pregunta y la preventiva de la segunda. El objetivo en lo que sigue es describir el modo en que en ambos casos se ha encubierto la conexión con la tercera y última pregunta, obviando una serie de problemas de legitimidad —los que tienen que ver con la injusticia social perpetrada por el Estado contra el acusado— que aparecen de modo autónomo respecto de las cuestiones de merecimiento y utilidad.

2.1. La injusticia social y la legitimación retributiva del castigo

Para las teorías retributivas clásicas, la pena es legítima en la medida en que se impone a un sujeto que moralmente merece un castigo por sus actos culpables, y lo merece, en palabras de KANT, «tan solo porque ha delinquido»[6]. Esta forma de legitimación fue un avance histórico de racionalización del derecho penal, básicamente por dos logros que afectan a la teoría de la pena. El primero es la prohibición de instrumentalización del sujeto castigado para la consecución de fines distintos al propio castigo: en gran medida en contra de la cultura moral preilustrada, el ideal retributivo trató de superar la idea de la persecución penal como búsqueda de chivos expiatorios por el delito, cuyo castigo no sería proporcional a la maldad manifestada en su acto, sino al mal social que debía ser simbólicamente purgado, el cual, cómo no, tendía siempre a desbordar cualquier merecimiento individualizable[7]. El segundo avance es el alumbramiento de lo que hoy conocemos como causas de inimputabilidad. Si el fundamento del castigo es moral y tiene la forma de un reproche, el sujeto que lo padece ha de poseer determinadas capacidades morales: en ausencia de ellas no es legítimo hablar de reproche penal, de modo que la respuesta que se adopte respecto a la persona en cuestión tendrá que expresar algo distinto de la pena retributiva[8].

---

[5] COHEN, 2006. Sobre ello, DWORKIN, 2011: 311, quien distingue entre la cuestión de la capacidad (lo que sería la primera pregunta) de la cuestión de la justicia (que sería la tercera).

[6] KANT, 2005 (or.: 1785): § 331, 166 y ss. Sobre ello, *vid.* DAN-COHEN, 2014. También SEELMANN, 2008: 163 y ss., quien relativiza la idea de que para KANT la legitimación del castigo se produzca tan solo a través de la idea del imperativo categórico.

[7] HEGEL, 2000 (or.: 1820): § 100; KANT, 2005 (or.: 1785): 166 y ss. Se refieren a ello como el aspecto rescatable de la teoría retributiva, CID MOLINE y MORESO, 1991: 164. Sobre ello, en términos sociológicos, LIPOVETSKI, 2002: 174 y ss.

[8] Sobre ello, GÜNTHER, 2005: 232-243; MOLINA FERNÁNDEZ, 2002: 72; sobre la relación entre la moral y el concepto de pena, KÖHLER, 1986: 67 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, 2016: 99 y ss.

No obstante, ese mismo principio de culpabilidad que contribuyó a deslegitimar los castigos desproporcionados y los que pudieran recaer sobre inimputables, ocultó la problemática de castigar a quienes sufren situaciones de injusticia social, pues: ¿cómo podía siquiera pensarse en deslegitimar el castigo del pobre, si para ello era menester asemejarlo al grupo de los idiotas, los locos y los niños, de los que HEGEL decía que no tenían la honra de ser considerados culpables?[9]. Además, si bien está claro que una vida en condiciones de miseria o de opresión afecta a las condiciones cognitivas y volitivas de quienes las padecen[10], también lo es que resulta exagerado e incluso políticamente peligroso considerar a los excluidos como inimputables, como seres incapaces de llevar una vida moralmente significativa. Precisamente esa infantilización o despersonalización es lo que buscan, si pensamos en el ejemplo de los esclavos, aquellos que ejercen la opresión o se benefician de ella[11].

Por otra parte, si la perspectiva retributiva clásica contribuyó al desarrollado de las condiciones psíquicas internas que afectan a los requisitos de imputación —principalmente los trastornos psicológicos, en menor medida los volitivos—, lo cierto es que ha conducido a cierto olvido en lo que a las condiciones sociales y externas respecta: para la antropológica esencialista e individualista que ha dominado tal perspectiva[12], la observación de que la libertad está gradualmente sometida a presiones e irritaciones de origen social o externo fácilmente tendía a ser menospreciada o incluso negada[13]. En relación con la pobreza o la vulnerabilidad del acusado, el único factor de tal tipo capaz de cuestionar la legitimidad de la punición era la extrema necesidad tal y como aparece en la doctrina del hurto famélico o del derecho de necesidad hegeliano, el cual, como es bien sabido, estaba restringido a un peligro extremo y a un conflicto con la propiedad ajena, esto es, al caso típico de quien hurta para sobrevivir[14]. Dicha conducta estaba para HEGEL justificada, pero apenas resuelve un núcleo reducidísimo de los casos en los que el delincuente actúa precisamente motivado o influido por una situación injusta de la que es víctima. Sea como fuere, aquí estamos todavía en el plano

---

[9] HEGEL, 2000 (or.: 1820): § 120. Sobre esa trampa, TORIO LÓPEZ, 1985: 300 y ss.: «El reconocimiento de tal capacidad agrava apriorísticamente al sujeto», en una concepción «dualista» en la que «es visible el dominio de la abstracción».

[10] RAIZADA, RICHARDS, MELTZOFF y KUHL, 2008: 1392-1401; HANEY, 2008: 871 y ss.; FALK, 1996: 774 y ss.

[11] Así, en la obra de ARISTÓTELES (2009: §§ 1253 y ss.), donde el esclavo aparece como «posesión animada» que «participa de la razón» solo «para reconocerla, pero no para poseerla». En contra de tal consideración, DWORKIN, 2011: 310 y ss.; TADROS, 2009: 413.

[12] Si atendemos, por ejemplo, a la antropología de HEGEL (2000, or.: 1820, §§ 5, 11, 12), en ella la voluntad aparece en un primer momento como pura indeterminación, y en un segundo momento como diferencia o determinación; ahora bien, la única determinación que contempla HEGEL es aquella que proviene de la propia naturaleza (§ 11: los instintos, las inclinaciones, etc.), o de la propia decisión (§ 12). La consideración de cómo afecta el contexto social a la individualidad no está ausente en la obra de HEGEL, pero hay que encontrarla en el plano de la sociedad civil, cuando habla del sistema de necesidades, y no en el de la moralidad o el derecho abstracto. Sobre ello, PÉREZ DEL VALLE, 2004; HONNETH (2014: 70 y ss.), quien demuestra que HEGEL no es tan esencialista como se suele admitir.

[13] HUDSON (2000: 189 y ss., 194), quien defiende una concepción del derecho abierta a lo que otras ciencias puedan decir del agente y donde se preste «atención no solo a las igualdades formales entre sujetos legales abstractos, sino también a las desigualdades substanciales entre actores de carne y hueso»; GROVES y FRANK, 1986: 67 y ss.; NORRIE, 1998: 148 y ss. Crítico con las teorías retributivas del castigo, que juzgan tan solo la reprochabilidad moral de la acción, aislando esta de la posición que el sujeto tiene en el seno del Estado, BRETTSCHNEIDER, 2007: 102; DELGADO, 2002: 11 y ss.

[14] HEGEL, 2000 (or.: 1820): §§ 127 y ss. Sobre ello, CIGÜELA SOLA, 2019a: 36 y ss., 306 y ss.

de la primera pregunta —cómo afecta la pobreza o exclusión social al merecimiento—, pero no en el de la tercera.

En cierto modo, por tanto, el marco retributivo ha ocultado las situaciones de injusticia social bajo el velo de la exigencia de una *personalidad libre* en el sujeto culpable, exigencia que en su día supuso un gran avance dogmático —descubrió a la *persona* que hay detrás del *penado*—[15], pero que a la postre y para los excluidos ha funcionado como una trampa: olvidó al *hombre o mujer particular* que hay detrás de la *persona*, contribuyendo a pasar por alto los problemas que la vulnerabilidad social o política presentan a la tarea de legitimar el castigo[16]. En palabras de JESCHECK: esta perspectiva «desconoce por completo que el hombre sea un ser débil, precisado de ayuda y frecuentemente maltratado; se le trata justamente, pero con extrema frialdad»[17].

¿Es este olvido un defecto necesario de la teoría retributiva? Mi opinión es que no, y que hay al menos dos salidas posibles para dar respuesta a la problemática política desde el marco retributivo, tal y como se ha venido desarrollando más recientemente:

i) En primer lugar, podría conectarse la justicia retributiva con la exigencia de un reparto distributivo justo con carácter previo de los bienes, derechos y oportunidades que las normas protegen: así, la pena retributiva solo se legitima allá donde los miembros de una comunidad reciben una protección y un bienestar distributivamente justo, pues es virtualmente imposible generalizar normativamente «lo merecido» allá donde las posiciones jurídico-sociales son manifiestamente desiguales[18]. Dicho con un ejemplo: allá donde la seguridad no está garantizada de modo equitativo en los distintos barrios de la ciudad, la norma que sanciona la tenencia de armas o el exceso en la legítima defensa no puede afirmarse mediante penas retributivas, en la medida en que su vigencia aumenta la protección de unos a costa de disminuir la de otros[19]. Si bien este planteamiento no aparece explicitado en KANT, sí se puede adivinar en HEGEL, especialmente en las *Vorlesungen* de 1819-1820[20]; la razón está, creo, en que este últi-

---

[15] FOQUÉ, 2008: 220.

[16] Precisamente RADBRUCH (1944: 218 y ss.) sostiene como mérito del «derecho penal social» el describir al hombre detrás de la persona tal y como estaba idealizada por el derecho penal ilustrado y liberal. Sobre ello, NORRIE, 1991: 11 y ss.; *id.,* 1998: 149 y ss. Acertadamente, tratando de salir de esa trampa, CID MOLINE y MORESO (1991: 171): «El castigo está justificado moralmente si y solo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo. Si las condiciones de vida de las personas de carne y hueso a las que el castigo debe aplicarse están tan alejadas de las condiciones establecidas por los seres noumenales que suscribirían el contrato hipotético, de forma que ya no es posible trazar entre ellas ninguna semejanza, el castigo no estaría justificado. Entonces, debería concluirse que el castigo no esta justificado en muchos casos y esta no parece ser la conclusión que suelen extraer la mayoría de autores retribucionistas». La crítica clásica desde el marxismo, PASHUKANIS, 1978.

[17] JESCHECK, 1993: 62.

[18] Así, el planteamiento de MURPHY, 1973. Sobre ello, HUDSON, 2000: 192 y ss.; FOQUÉ, 2008: 216. Sobre la justicia distributiva y la exigencia de igualdad, RICOEUR, 1996: 209 y ss. RAWLS (1971: 315) se limita a decir que la justicia distributiva y la retributiva propia del derecho penal no son en absoluto opuestas, pero tampoco concreta en qué sentido se conectan.

[19] MAÑALICH, 2013: 167-186, sostiene, desarrollando ideas de KANT, que allá donde las normas no son distributivamente justas (esto es, donde su vigencia es selectiva y no universalizable), la pena retributiva no puede legitimarse; en sentido similar, MELISSARIS, 2012: 158.

[20] HEGEL, 1983: 196, donde el filósofo alemán va más allá de lo que afirmó más adelante en su *Grundlinien*, cuestionando la legitimidad del Estado para castigar a quienes la pobreza excluye de la participación de

mo tenía una idea más clara de las prestaciones positivas que corresponden al Estado, precisamente aquellas que más tarde configurarían su carácter de Estado social.

ii) En segundo lugar, podría extraerse rendimiento teórico del aspecto moral del acto comunicativo que subyace a la pena. El reproche penal constituye una comunicación, y como toda comunicación implica como mínimo a dos partes: al emisor, en este caso la instancia de imputación o Estado; y al receptor, en este caso el sujeto pasivo del castigo[21]. Pues bien, es extraño el modo en que la perspectiva retributiva clásica solo ha tomado en consideración el estatuto moral del receptor —al que se le suponían capacidades volitivas y cognitivas—, y no ha hecho lo propio con el del emisor, como si su autoridad para juzgar o reprochar se diese por hecho o fuese de carácter incondicionado —eso se desprende precisamente de la obra de KANT, en cuya obra el *ius puniendi* aparece, en lo político, como un derecho absoluto o incondicionado del soberano—[22]. Esta perspectiva ha incurrido en el error que había denunciado ORTEGA, según el cual «se olvida demasiado que todo auténtico decir no solo dice algo, sino que lo dice *alguien* a *alguien*»[23]. Así las cosas, como ha desarrollado COHEN[24], existen una serie de vicios morales que, en caso de incurrir en ellos el Estado, podrían contribuir a deslegitimar políticamente el castigo: entre ellos destacan los clásicos argumentos de la *hipocresía* (el que reprocha a otros lo que él mismo hace)[25] y de la *complicidad* (el que reprocha a otros algo de lo que él mismo es cómplice)[26], como también otros especialmente relevantes en la presente discusión, como el del *carácter selectivo* del reproche (el que reprocha a unos lo que tolera a otros)[27] o el *de su carácter contradictorio* (el que incurre en autocontradicciones al reprochar algo a alguien)[28].

Desde la perspectiva retributiva, por tanto, es posible deslegitimar el castigo de quien sufre una injusticia social, ya sea por la vía de conectar la justicia retributiva a determinas precondiciones de justicia distributiva, o bien por la de analizar el estatuto moral de quien emite el acto comunicativo de reproche, en este caso el Estado. La

---

la vida ética de la comunidad: «El crimen bien puede ser castigado —sostiene—, pero el castigo será contingente». Sobre ello, CIGÜELA SOLA, 2019b.

[21] Sobre ello, PRIMORATZ, 1989; MAÑALICH, 2011a: 60 y ss. HÖRNLE (2015: 17) sin embargo, pasa por alto la cuestión del «quién» emite el acto de comunicación, al afirmar que «lo único que hay que discutir es quién es el destinatario y cuál es el contenido».

[22] KANT, 2005 (or.: 1785): 166 y ss. En el caso de HEGEL, 2000 (or.: 1820): § 99, la cuestión queda oculta bajo la consideración de que el castigo del delincuente es en realidad «su derecho» como ser racional. Si es así, el castigo aparece para el Estado como un deber, y en ese sentido las condiciones de legitimidad se desvanecen al no ser un derecho propio del Estado. Como se ha dicho, en obras anteriores la cuestión de la legitimidad política sí aparece al menos apuntada. En el mismo sentido, MOORE (1997: 88), para quien una de las características del castigo retributivo —al menos la versión fuerte que él defiende— es la de que aparece como un «deber» del propio Estado. Críticamente, BERMAN, 2014: 2 y ss. En la perspectiva más clásica, encontramos la cuestión brevemente tratada en la *Summa teológica* (Parte II-IIae - Cuestión 60) de SANTO TOMÁS DE AQUINO, donde viene a detectar el problema de la autoridad que juzga habiendo cometido los mismos o menores pecados, frente a lo que vendría a proponer, citando a SAN AGUSTÍN, una especie de compromiso mutuo de enmienda.

[23] ORTEGA Y GASSET, 2006: 42.

[24] En ese sentido, COHEN, 2006: 113 y ss.; RIVERA LÓPEZ, 2015: 173 y ss.; BEADE y LORCA, 2017: 143 y ss.

[25] COHEN, 2006, 113 y ss.; DELGADO, 2012: 20; HARRIS, 2012: 133. Recientemente, en el ámbito continental, *vid.* KLESCZEWSKY, 1997: 152; SILVA SÁNCHEZ, 2013: 732; *id.,* 2018: 93 y ss.; SEELMANN, 2012a: 17; *id.,* 2012b: 218.

[26] TADROS, 2009: 408 y ss.; DWORKIN, 2011: 251; MELISSARIS, 2012: 157.

[27] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, 2002: 653 y ss.; SEELMANN, 2012a: 213 y ss.

[28] Sobre la contradicción en que incurre un Estado cuando castiga a quien ha sido previamente excluido, desde una perspectiva hegeliana, KLESCZEWSKY, 1997: 152.

formulación ya no sería, entonces, *legítimo es el castigo merecido*, sino: *legítimo es el castigo merecido impuesto por una autoridad en el legítimo uso de su derecho*[29].

2.2. La injusticia social y la legitimación preventiva del castigo

La legitimación preventiva también supuso un enorme avance para la racionalización del derecho penal, en cierto modo porque contribuyó a paliar los vicios que las concepciones retributivas idealistas llevaban implícitos, a saber: un exceso de contenido metafísico, una correlativa rigidez en lo relativo a hacer la institución del castigo permeable a las necesidades y las circunstancias sociales[30], como también una gran dificultad para racionalizar el contenido de «lo merecido»[31]. Sus logros originarios son bien conocidos, y entre ellos se cuentan, por atribuir los que asociamos según el tópico a BECCARIA, la reducción de la crueldad y el exceso de violencia de los sistemas penales por innecesarios, la crítica a la ideología de la venganza, la defensa del principio de legalidad y la seguridad jurídica en lo relativo a las leyes penales o la formalización del *ius puniendi*[32]. Más recientemente, esta perspectiva ha dado lugar a nuevas formas de deslegitimación y, por tanto, de contención del castigo penal. En cierto modo la teoría del bien jurídico y principios como los de insignificancia o ultima ratio constituyen límites al *ius puniendi* íntimamente conectados a la forma de pensar el castigo como una institución social de prevención, los cuales, además, han contribuido en buena medida a limitar la presión punitiva sobre las clases subalternas o excluidas[33].

En mi opinión, la dificultad para encontrar en el núcleo esencial de la legitimación preventiva razones para deslegitimar el castigo de la persona injustamente tratada por el Estado es aún mayor que en la teoría retributiva: desde el punto de vista de la necesidad preventiva, como ha destacado ROBINSON, el castigo de quienes se ven envueltos en contextos de injusticia social es incluso más necesario que en el resto de casos, en la medida en que es justamente su situación, habitualmente perenne y productora de

---

[29] Excluyo aquí la compleja cuestión —advertida acertadamente por RIVERA LÓPEZ (2015: 182)— de determinar qué hace falta para hablar de vicio moral o pérdida de la autoridad moral en relación a un ente complejo y colectivo como es el Estado, teniendo en cuenta que el defecto que se le atribuye puede afectar tan solo a algunas de sus funciones o radicar en tan solo algunas instituciones. Me parece que una tarea que está por realizar en teoría política es la de graduar la legitimidad de las instituciones, como también, ya en el seno de la ciencia penal, extraer consecuencias en relación a cómo afecta ello a la actividad punitiva.

[30] SILVA SÁNCHEZ (1992: 15) alude a un aislamiento de la teoría retributiva respecto al «devenir social», y entiende la crisis del derecho penal retributivo como el producto de la «necesidad, sentida de modo general, de proceder a una legitimación del derecho penal que resulta inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma».

[31] Así, SCHÜNEMANN, 2002: 327-343; CID MOLINE y MORESO, 1991: 170. De hecho, para HEGEL (2000, or.: 1820: § 96) esa determinación concreta resulta una cuestión secundaria y dependiente «del progreso de la cultura», en todo caso no intrínseca al concepto de delito y de pena.

[32] SILVA SÁNCHEZ, 1992: 182 y ss., quien atribuye al proyecto utilitarista liberal (en tensión con garantías formales y materiales exteriores al mismo) la humanización del derecho penal durante los siglos XIX y XX; *vid.* también, CID MOLINE y MORESO, 1991: 161 y ss.; HARCOURT, 2013.

[33] No es que estas garantías estuvieran pensadas específicamente para estos grupos sociales, sino que en la medida en que afectaron positivamente al sistema penal en su conjunto, les afectaron a ellos —como *target* principal del sistema— más que al resto. Algunos autores sostienen, en algunos aspectos no sin parte de razón, que muchas de estas garantías han servido más bien para la despenalización de los delitos de los poderosos, *vid.* GRACIA MARTÍN, 2003: 172. Sobre estas cuestiones, PORTILLA CONTRERAS, 2006.

estereotipos sociales negativos, la que les hace parecer a ojos del Estado como más peligrosos y como más difíciles de rehabilitar (mayor necesidad, por tanto, de prevención general y especial)[34]. Al entrar en contacto con una cultura intrínsecamente aporofóbica como la ilustrada[35], la cuestión se ve todavía más clara. Así, encontramos el famoso pasaje de BECCARIA acerca del hurto, en el que parece que en un primer momento va a plantear la abolición de la propiedad («terrible y acaso no necesario derecho», le llama), y al final acaba proponiendo, por razones utilitarias, «la esclavitud por cierto tiempo» para esa «clase infeliz de hombres» que hurta por «miseria y desesperación»[36]. Como también el representativo parágrafo de VON LISZT, padre de la moderna política criminal, en el que aparecen condensadas todas las variantes —morales, sociales e incluso culturales— de la problemática que trato de exponer:

> La lucha contra la delincuencia habitual exige igualmente un conocimiento minucioso del que hoy todavía carecemos. Se trata solo de uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de enfermedad social que se suele designar sintéticamente con la denominación general de proletariado: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales. Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual.

Algo más adelante, en relación a la inocuización de estos delincuentes incorregibles:

> La pena se cumpliría en régimen de comunidad y en establecimientos especiales (presidios de carácter disciplinario o de trabajos forzados). De este modo se establecería una «esclavitud penal» con la obligación de trabajar y muy posiblemente con la utilización de la fuerza de trabajo. Apenas podría prescindirse del castigo corporal como pena disciplinaria[37].

Uno no puede ser ajeno al contexto histórico-cultural en que esas afirmaciones se vierten. Me interesa aquí resaltar, no obstante, que en ambos casos se observa con claridad la dificultad de la teoría preventiva —al menos en sus versiones originales y más «puras»— para problematizar la relación entre injusticia social y legitimidad del castigo: no solo la pobreza o la discriminación no suponían un problema en términos del estatuto moral de la sociedad y el Estado para reprochar una conducta, sino que de hecho funcionaban como catalizadores de la necesidad preventiva, pues los pobres y otros marginados tendían a aparecer como sujetos peligrosos y por ello necesitados de disciplina penal[38]. Ello en relación a la pregunta propia de la teoría preventiva, la de la necesidad/utilidad del castigo. En lo que respecta a la tercera pregunta —la autoridad moral/política de la instancia de imputación— la teoría preventiva no da respuesta alguna: si lo que mide la legitimidad de la pena es su eficacia futura en la tarea de prevenir delitos, entonces el «récord moral» pasado de la instancia de imputación deviene irrelevante[39]. En cierto modo, dicho aspecto de la legitimidad aparece como una peti-

---

[34] ROBINSON, 2012: 54 y ss.; FOUCAULT, 2008: 102 y ss.
[35] Así, RAVALLION, 2016: 9 y ss.
[36] BECCARIA, 2008 (or.: 1764): 60. Sobre ello, MAÑALICH, 2013: 167-186.
[37] VON LISZT, 1995: 85 y ss.
[38] FOUCAULT, 2003; *id.,* 2009.
[39] RIVERA LÓPEZ (2015: 181): «Una teoría consecuencialista es, de hecho, reacia a incorporar consideraciones retrospectivas, tales como el récord moral de aquel que impone el castigo».

ción de principio política —el soberano tiene un derecho no argumentado a castigar— fundada en una petición de principio psicológico-social —la eficacia preventiva del castigo, liberada en la práctica de toda necesidad de demostración empírica—.

Así las cosas, la dificultad para relacionarse con la pregunta política del castigo por parte de la teoría preventiva puede superarse tan solo a través del acoplamiento de algún principio complementario externo: o bien de tipo retributivo, como hacen buena parte de las teorías de la prevención general positiva; o bien de tipo garantista, en el sentido de que una de las condiciones de la pena preventiva fuese el cumplimiento de determinadas garantías constitucionales, concretamente el principio de igualdad[40], cuya desatención por el Estado conduciría a la necesidad de ajustar la respuesta penal frente al desigual; o bien desde la propia teoría política, en tanto se deriven determinadas consecuencias prácticas de la idea del contrato social como forma de legitimación del castigo. De hecho, como ha destacado SEELMANN, el punto álgido en la tradición penal en cuanto al intento de legitimar políticamente la pena lo encontramos en el siglo XVIII, y concretamente en las diferentes variantes del contractualismo, tan criticadas por KANT y HEGEL, que entonces se formularon como complemento de las prestaciones preventivas[41]. En ellas, en síntesis, el derecho al castigo estatal se legitimaba políticamente en la medida en que se consideraba *transferido* o *cedido* por parte de los individuos mediante el contrato como condición para asegurar el orden social; como también, en otras variantes, en la medida en que el autor *habría consentido* a través del propio delito la pena que va aparejada a la infracción[42].

Para el tema que nos ocupa y desde el punto de vista contractual, el consentimiento *prima facie* del delincuente en relación a su hipotético castigo podría verse anulado en aquellos supuestos en los que el propio Estado ha incumplido su parte del pacto —p. ej., como previó HOBBES, por no proporcionarle protección—[43], de modo que tras el hecho delictivo ambas partes quedarían en una situación precontractual o natural. El problema aquí es que la anulación hipotética del pacto supone algo así como lanzar una moneda al aire, pues o bien puede conducir a una reconstrucción del contrato —difícil tras el delito, más si este es grave y tiene víctimas particulares—, o bien puede dejar al delincuente en la intemperie social y convertirlo en enemigo, opción que, según sostiene SEELMANN, asemeja estos planteamientos a «las viejas teorías de la pérdida de la paz»[44]. La idea de contrato social como modo de fundamentar políti-

---

[40] En ese sentido, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO (2002: 174): «La atribución de responsabilidad debe partir de, por decirlo así, las condiciones que permiten la interacción comunicativa, esto es, los factores *individuales* que permiten atribuir esa competencia y establecer el marco de igualdad frente a las posibilidades de acceso al mensaje normativo»; también, LASCURAIN (2016: 115 y ss.), quien alude a una «simetría material de los ciudadanos» como parte del edificio fundamentador del derecho penal; MIR PUIG, 2006: 106 y ss.

[41] KANT, 2005 (or.: 1785): § 335, 171 y ss., quien consideraba la presunción contractualista de que «a la facultad de castigar tenga que subyacer la *promesa* del criminal de *querer* dejarse castigar» como un sofisma: el de considerar al criminal como su propio juez, y el de representar «como unidos en una y la misma persona la ejecución y el juicio jurídicos». El propio HEGEL (2000, or.: 1820: § 100-agregado), enemigo declarado de la idea del contrato, consideró sin embargo que la única correcta podría ser la que entiende que el delincuente otorga el consentimiento para la pena mediante su hecho.

[42] SEELMANN, 2008. Sobre el contractualismo de RAWLS como modelo contemporáneo de fundamentación, CID MOLINE y MORESO, 1991: 165 y ss.

[43] HOBBES, 2010, or.: 1651: § 21.

[44] SEELMANN, 2008.

camente la pena, en todo caso, no pasó de ser una *metáfora* sin apenas consecuencias prácticas, en un sentido muy parecido a lo que viene ocurriendo, como enseguida se verá, con las actuales teorías de la ciudadanía.

Sea como fuere, la formulación (políticamente complementada) de una teoría de la prevención ya no sería *legítimo es el castigo preventivamente necesario*, sino: *legítimo es el castigo preventivamente necesario siempre que la autoridad que lo imponga haya cumplido con los términos del contrato social en virtud del cual ostenta dicho derecho* (o, en términos más contemporáneos: *siempre que respete los principios y garantías constitucionales*).

3. LA DIMENSIÓN POLÍTICA EN LAS RECIENTES TEORÍAS DE LEGITIMACIÓN DE LA PENA: EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO

En la actualidad vivimos un auge de los intentos de politizar la teoría de la pena, esto es, de abrir dicha teoría a la tercera pregunta anunciada al comienzo. Son responsables de ese auge las diferentes teorías de la ciudadanía penal, esto es, aquellas que no solo exigen que el castigo sea socialmente útil o necesario y que el sujeto a quien se impone tenga determinadas capacidades morales, sino que además requieren entre dicho sujeto y el Estado la existencia de un vínculo —la ciudadanía— que funcionaría a modo de «momento político» de la legitimación. «Una teoría de la pena justa —sostiene KINDHÄUSER con claridad— es un elemento de una teoría política»[45]. En la medida en que ya les dediqué un análisis crítico en otros lugares, a continuación tan solo las identificaré, sin entrar en excesivos detalles[46]. Merece la pena resaltar que todas ellas tienen en común la idea de que la atribución de culpabilidad y la imposición de una pena por parte del Estado requieren una serie de precondiciones de tipo político, no reductibles a la idea del merecimiento moral ni de necesidad social, mientras que divergen precisamente en cuáles son esas precondiciones.

3.1. Ciudadanía y legitimación de la pena

Simplificando quizá en exceso, se puede distinguir entre tres grupos de teorías de la ciudadanía:

i) *Las teorías deliberativas*: trasladando los aspectos fundamentales de la teoría del discurso de HABERMAS —aunque en la estela de una tradición filosófica que va más

[45] KINDHÄUSER, 2011a: 11; GÜNTHER, 2005: 1 y ss., 245: «La culpabilidad jurídico-penal es "política" en un sentido enfático que surge de la idea de Estado democrático de Derecho»; también, MAÑALICH (2011b: 118) habla de la validez de la pretensión de fidelidad al derecho como una «pregunta política»; MIR PUIG, 2006; DUFF, 2015: 30: «Un derecho penal democrático no es algo que "ellos" (un soberano, una élite gobernante) nos impongan a "nosotros" como sus súbditos, ni algo que "nosotros" les impongamos a "ellos"», sino que es «un derecho que nos imponemos a nosotros mismos y unos a otros, como miembros en pie de igualdad del sistema político».

[46] CIGÜELA SOLA, 2017; 2019a: 74 y ss. También, sobre ambos modelos, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 71 y ss.

allá—[47], autores como GÜNTHER, KINDHÄUSER o MAÑALICH sostienen que la imposición legítima de penas requiere la existencia de un espacio político deliberativo inclusivo[48]. Ello exige, en su perspectiva, que los cauces políticos de participación y deliberación estén lo suficientemente generalizados como para comprender que las normas puedan ser conceptualizadas como unas que los ciudadanos se dan a sí mismos, gracias a lo cual están legalmente obligados por ellas. Allá donde no existen las condiciones deliberativas, es decir, ante personas que no tuvieron la oportunidad de participar, o que fueron instrumentalizadas en el diálogo político-normativo, las coacciones no pueden ser validadas por el principio de autolegislación democrática.

ii) *Las teorías republicanas*: no muy alejados del planteamiento deliberativo, aunque en este caso trasladando aspectos nucleares del republicanismo a la teoría penal, autores como DUFF, PETTIT o GARGARELLA han condicionado la legitimidad de las penas a la existencia de determinadas precondiciones políticas propias del ideal republicano[49]. Ha sido DUFF, de hecho, el autor que más ha incidido en las exigencias morales que deben exigirse a la instancia de imputación para que pueda imponer legítimamente penas: en ese sentido, la desventaja social grave e injusta funcionaría aquí como una forma de deslegitimación de la pena, según la cual lo que se dice no es que la conducta enjuiciada sea correcta o esté justificada, sino que la autoridad pública que debería juzgarla, en la medida en que sea responsable de aquella injusticia, no está en condiciones de hacerlo.

iii) *Las teorías liberales o las de la ciudadanía como protección*: en este caso siguiendo una concepción de la ciudadanía distinta, concebida más como protección que como deliberación[50], autores como PAWLIK o SILVA SÁNCHEZ han sostenido que lo que legitima políticamente la imposición de penas es que el Estado haya proporcionado igual protección de los derechos y libertades a todos los ciudadanos y al acusado en cuestión. Lo relevante no es que las normas hayan sido elaboradas por procesos de autolegislación deliberativa, sino más bien que contribuyan a la protección de la colectividad, y concretamente que «limiten y compliquen el poder de las oligarquías» a la vez que «dificulten la exclusión definitiva de determinadas personas o grupos»[51].

---

[47] La idea fundamental de que el ciudadano está obligado a obedecer las leyes porque tuvo la oportunidad de contestarlas democráticamente está ya en *El Critón* de PLATÓN (2002: 141), cuando este pone en boca de SÓCRATES una defensa del cumplimiento de las leyes fundamentada en que lo que estas proponen lo mandan «no de un modo despótico, sino dejando la opción de que se (las) obedezca o se (las) convenza de lo contrario»; «ahora bien —prosigue— quien no se acoge a una de estas opciones, no actúa como es debido».

[48] Principalmente, GÜNTHER, 2005; KINDHÄUSER, 2011b: 211 y ss.; MAÑALICH, 2011b: 116 y ss. También, ALCÁCER GUIRAO, 2002: 173 y ss.; MARTÍN LORENZO, 2009: 319 y ss.

[49] PETTIT, 2000: 230 y ss.; DUFF, 2001; GARGARELLA, 2011.

[50] En el artículo sobre la ciudadanía de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (LEYDET, 2014: 2), se distinguen dos tipos de ciudadanía: la *republicana*, que abarcaría la deliberativa y que pone el énfasis en la participación en los procesos deliberativos, y la *liberal*, que lo pone en la protección que la ley ofrece a quienes poseen dicho estatus legal. Podemos encontrar el precedente más claro para este aspecto de la teoría del ciudadano de PAWLIK en BODIN (1962, or.: 1576: 46 y ss.), para quien ciudadano es «una persona que disfruta de la libertad común de la protección de la autoridad»; también es posible apreciar la influencia aquí de HOBBES (2010, or. 1651: § 21): «La obligación de los súbditos para con el soberano se sobreentiende que dura tanto como el poder mediante el cual este es capaz de protegerlos». Sobre la importancia de la provisión de protección en la teoría política moderna y premoderna, GRACIA MARTÍN, 2005: 465 y ss.

[51] PAWLIK, 2004: 115 y ss.; SILVA-SÁNCHEZ, 2013: 715 y ss. En el caso del penalista alemán, no obstante, me parece que en su última obra sobre el tema (2017: 42 y ss.) se aproxima al planteamiento de DUFF, en el

Es esa protección —a veces obtenida de modo heterónomo— lo que justifica la imposición coactiva de deberes penales a los ciudadanos: entonces «el Estado solo puede calificar como sujetos de responsabilidad —dirigiéndoles un juicio de reproche sobre su conducta— a aquellos sujetos que simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección»[52]. Ello implica, continúa SILVA SÁNCHEZ, no solo una posición de garantía negativa por parte del Estado en relación a sus ciudadanos, sino también —aunque subsidiariamente— una serie de deberes positivos o de mejora, básicamente «la organización pública de las instituciones de la solidaridad», y concretamente aquellas que aseguran el desarrollo integral del ser humano como persona y las estructuras básicas del reconocimiento recíproco[53].

Sin entrar en la compleja cuestión de los matices que diferencian a los dos grupos —por lo demás mucho más variados internamente de lo que aquí se ha podido mostrar—, interesa subrayar el modo en que estas teorías facilitan la tarea de problematizar las consecuencias de las diferentes formas de injusticia social en la legitimidad de la pena. Así, estos planteamientos permiten sacar a la luz aquella pregunta que anteriormente había quedado ocultada: al merecimiento y la necesidad de pena se le añaden determinadas exigencias dirigidas al poder político, cuyo incumplimiento pone en riesgo la legitimidad del *ius puniendi*, su autoridad moral. Por otra parte, se presenta una visión del poder de castigar mucho más adecuada al *Zeitgeist* de los Estados democráticos, esto es, como uno condicionado a la realización de determinadas prestaciones por parte del propio Estado, susceptible de ser cuestionado y revocado[54].

Sin embargo, y reconociendo el gran valor que aportan estas teorías, creo que sería necesario además tomarlas como punto de partida para problematizar el hecho de que muchas de las personas en quienes recae el castigo estatal no encajan en la definición de ciudadano deliberativo o cooperativo que sirven de referencia; en muchas ocasiones se trata de personas con el perfil exactamente opuesto, sujetas a procesos de marginación política y cultural, como también desprotegidas en aspectos tan fundamentales como la seguridad o el acceso a la propiedad. De lo contrario —esto es, si pasamos por alto esa distancia—, tendrán razón los críticos de las teorías normativas de la justicia cuando afirman que estas funcionarían más como *mito* que como *logos*, esto es, como ejercicio discursivo y autorreferencial por el que la ciencia jurídica se cuenta a sí misma una historia sobre lo que querría ser —una penalidad justa o válida acordada entre sujetos deliberativos o cooperativos—, desvinculado de cualquier tarea crítica a través de la cual la razón que legitimaría la pena, sea la deliberación o la protección, habría de tornarse operativa a la hora de deslegitimar aquellas prácticas que no encuentran en

---

sentido de dar más importancia que anteriormente al aspecto de la participación democrática. En todo caso, aquí ambos autores se situarían cercanos a algunos de los planteamientos de Amartya SEN (2010: 352): «Un entendimiento más amplio de la democracia como razonamiento público, que incluye las votaciones pero que va mucho más allá de ellas, puede atender a la importancia de los derechos de las minorías sin ignorar los votos de la mayoría como parte de la estructura total de la democracia»; en sentido similar, FOQUÉ, 2008: 219.

[52] SILVA SÁNCHEZ, 2013: 725.

[53] SILVA SÁNCHEZ (2018: 81 y ss.), quien, no obstante mostrarse más cercano a la teoría de la ciudadanía como protección, también asume consecuencias allá donde lo que falta es la facultad de deliberación.

[54] DWORKIN, 2011: 392 y ss., 402 y ss. PARSONS, 1983: 25: «Ningún orden normativo se autolegitima en el sentido de que se considere de modo aprobado o prohibido de vida como simplemente correcto o incorrecto sin admitir discusiones al respecto».

ella su fundamento[55]. En palabras de LUHMANN, las teorías de la legitimidad operarían aquí como una «idealización de lo ausente»[56]. En ese sentido, la tarea de comparar el ideal normativo con la realidad y extraer de ello consecuencias dogmáticas, abordada en el ámbito hispanoamericano por autores como GARGARELLA y más recientemente por SILVA SÁNCHEZ[57], es precisamente la que permitiría combatir el tradicional escepticismo respecto a las teorías normativas de la pena, y en cierto modo dignificar la teoría penal como una con auténtica vocación práctica.

3.2. Legitimidad y desarrollo institucional: notas sobre una teoría de la pena entre el idealismo y el sociologismo

Ahora bien, hay que reconocer que esa tarea está lejos de ser sencilla, pues qué prestaciones legitiman políticamente al Estado para imponer una pena, si la protección, el bienestar social o la participación política, es algo muy difícil de determinar a priori. La razón es que las teorías normativas están sometidas a cierta condicionalidad histórica, y no pueden ser ni una mera descripción de cómo la pena funciona en realidad, ni tampoco incurrir en un exceso de idealismo y por tanto en un enmascaramiento de la propia penalidad[58]. Según ha desarrollado DWORKIN, en lo que respecta a la legitimidad «el juicio interpretativo debe ser sensible a la época y el lugar: debe tomar en cuenta las ideas prevalecientes dentro de la comunidad política»[59]. Por ello, dentro de

---

[55] Me parece que aquí corremos el riesgo de caer en lo que DERRIDA (2006: 92 y ss.) ha calificado críticamente como «fundamento místico de la autoridad» (yo prefiero calificarlo como mitológico), en relación al «momento en que la fundación del derecho queda suspendida en el vacío o encima del abismo, suspendida en un acto realizativo puro que no tendría que dar cuenta a nadie ni ante nadie». Por ponerlo en palabras de un autor algo más cercano a la tradición penal: «En un sentido mucho más sosegado y en el plano de la filosofía, DWORKIN (2011: 428), sostiene que en las actuales circunstancias de desigualdad y pobreza de buena parte de la población «la filosofía política académica debe parecer artificiar e indulgente consigo misma». En mi opinión, para escapar de una visión (ciertamente pesimista) como esta es necesario hacer operativas las teorías de la ciudadanía penal.

[56] «La validez —sostiene LUHMANN (1993: 100-110) en relación a las condiciones de legitimidad de las normas— se fundamenta en una especie de idealización de lo ausente». Como «un sistema universal de examinación» de la validez de una norma o una práctica jurídica «no se puede transformar en un programa practicable» (esto es, el juez no puede indagar en si cada acusado ha deliberado o ha sido protegido), las teorías de la legitimación no pasarían de ser *ficciones legales* o *comunicaciones* mediante las cuales el sistema jurídico se reproduce a sí mismo más allá de sus paradojas y contradicciones. La validez sería «semántica» al servicio de la autopoiesis del sistema. También HONNETH (2014: 65 y ss.) se muestra crítico con la teoría del discurso en este punto: «El discurso es entendido como acontecimiento trascendental o como meta-institución, pero nunca como institución particular en la multiplicidad de sus manifestaciones sociales: falta la decisión de concreción histórica, que debería agregarse a la tesis de partida de la teoría de la comunicación para obtener desde esta una visión de los fundamentos institucionales de la libertad».

[57] La propuesta de SILVA SÁNCHEZ (2018: 67-112), que no se puede abordar aquí en su complejidad, pasa por sistematizar los diferentes grupos sociales en función de la intensidad de su vinculación con el Estado (desde los *outsiders*, que ni deliberan ni son objeto de protección, hasta aquellos que ostentan cargos públicos), para derivar de ahí diferentes conclusiones en relación a la legitimidad del castigo y a posibles atenuaciones y exclusiones de la responsabilidad. La pobreza, en su planteamiento, puede tanto excluir el injusto típico, como excluir la prohibición, como también dar lugar a situaciones de inexigibilidad. Hasta donde alcanzo, constituye el intento más desarrollado de sistematización de las consecuencias dogmáticas de la injusticia social.

[58] Crítico con la idealización, NORRIE (1998: 148 y ss.), quien sostiene, en la línea de lo anterior, que las justificaciones del castigo se han basado inadecuadamente en un «simulacro» de individuo desvinculado de un orden social y moral estructurado conflictivamente.

[59] DWORKIN, 2011: 393.

ciertos márgenes, el estándar dependerá de cada sociedad y de su desarrollo político-institucional. Así las cosas, en el nivel apriorístico y general de la teoría política de la pena, lo máximo que me atrevo a afirmar sería:

i) Que un Estado perverso o extremadamente injusto que despersonaliza a determinados individuos —esclavos, personas segregadas, gravemente discriminadas o segregadas— no tiene legitimidad política para imponerles un castigo, ni siquiera por delitos graves, de modo que todo lo que haga por conservar su orden injusto deberá ser descrito como «violencia conservadora» en el sentido expresado por críticos como DERRIDA o BENJAMIN[60].

ii) Que, en todo caso, la legitimidad del Estado para castigar no puede esperar a su perfección, de otro modo «nadie tendría responsabilidad de juicio por nada hasta que se llegara a un milenio de riqueza y sofisticación cultural»[61]. Así, para Estados imperfectos pero no perversos el estándar de exigencia dependerá, por un lado, del desarrollo institucional de la propia sociedad y, por otro, de cómo de pacificada se encuentre y qué alternativas a la pena existan en el caso de que se renuncie a ella por ilegítima, especialmente en lo relativo tanto al futuro de la víctima como del delincuente.

iii) Que los deberes penales son tan diversos en su naturaleza que admiten diferentes formas de legitimación: así, la legitimación política del deber de «no matar» casi se puede dar por supuesta, mientras que la del deber de contribuir a las arcas públicas o de no ocupar un inmueble vacío está mucho más condicionado por el modo concreto en que cada sociedad se organiza, y concretamente por la posición social que ocupe el propio encausado y sus posibilidades de participar en las estructuras de reconocimiento recíproco[62].

iv) Que la distinción entre deliberación y protección de derechos y libertades tiene menos relevancia práctica de la que parece, «pues el desempeño económico, la oportunidad social, la voz política y el razonamiento público están profundamente interrelacionados entre sí»[63]. Así, las personas que viven situaciones de desprotección social suelen estar además material o formalmente excluidas de los procesos de participación y deliberación, y viceversa, que su infrarrepresentación política contribuye a esa mayor desprotección.

v) Y que, en todo caso, las teorías legitimadoras han de estar en tensión con las prácticas penales reales, suficientemente lejos de ellas para servir de ideal transformador y no ser una mera descripción sociológica, pero suficientemente cerca como

---

[60] *Vid.* DERRIDA, 2006: 28 y ss. En ese sentido, MELISSARIS (2012: 157), con quien comparto la distinción —difícil de concretar— entre injusticias extremas y parciales: «Cuando se trata de injusticias extremas el derecho penal carece de legitimidad y su rol el cancelado en su totalidad».

[61] DWORKIN, 2011: 318; SHKLAR (1990: 108), quien sostiene que hasta el mejor de los Estados genera injusticias y fuentes de resentimiento, y que lo que define a un Estado justo o democrático es precisamente que «no silencia la voz de los afligidos y acepta como imperativos de cambio las expresiones de injusticia percibida».

[62] La distinción entre delitos violentos y delitos no violentos, que corre paralela a la de obligaciones naturales y obligaciones adquiridas, es central a este debate: la tendencia generalizada es considerar que el margen para deslegitimar el castigo del pobre o la persona discriminada es amplio en lo que respecta a los segundos y muy restringido —incluso nulo— en lo que respecta a los primeros. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 67-112; CIGÜELA SOLA, 2019a: 198 y ss.

[63] SEN, 2010: 382; también FRASER, 2008: 49 y ss.: «No hay redistribución ni reconocimiento sin representación». Sobre ello, CIGÜELA SOLA, 2019a: 253 y ss.

para no derivar en una inútil utopía o en una ocultación de la realidad[64]. Cada una de ellas tiene su propio límite, y la discusión relevante a efectos prácticos es qué hacer más allá de él, esto es, qué margen tiene cada sociedad para asumir las consecuencias prácticas del hecho de que existan personas que viven más allá —y a veces en el polo opuesto— de las condiciones que permiten su consideración como sujetos a los que se puede legítimamente imponer una pena. La determinación del espacio que existe desde el derecho penal para asumir esas consecuencias corresponde, como enseguida se verá (4), a la teoría del delito.

Así las cosas, en sociedades desarrolladas y fuertemente integradas podrá sostenerse una teoría deliberativa del castigo sin que la teoría misma sea desmentida por los hechos a cada paso, pudiendo el Estado realizar —con pocos costes para la paz social— los ajustes necesarios allá donde las condiciones de legitimación política no se cumplan; mientras que en sociedades poco desarrolladas e integradas será la teoría que sitúa la protección como mínimo legitimador la que permita un avance más realista en términos de justicia penal, pues sostener en su caso que son obligados penales quienes deliberan no aguantaría comparación alguna con la realidad, convirtiéndose entonces en un inútil fetiche teórico, en mito. En palabras de HONNETH: «Las formas existentes de la eticidad deben continuar siendo la guía de todas las reflexiones normativas en el sentido de que no se haga de manera abstracta cualquier demanda, casi irrealizable, al comportamiento social»[65].

En ello late, en efecto, una paradoja: precisamente los Estados más excluyentes son a la vez los Estados más frágiles e inseguros, y en esa misma medida son los que menos pueden asumir el riesgo de renunciar a la punición allá donde se producen delitos en contextos marginales, más aún si se trata de delitos violentos; por el contrario, son los Estados más incluyentes los más estables e integrados, de modo que en ellos la exclusión podrá operar como motivo para contener o renunciar a la pena sin demasiados riesgos para el orden social. Cuanto más sea la exclusión una excepción, por tanto, más puede tomarse como motivo para renunciar a la pena; cuanto más sea la norma, menos podrá ser tenida en cuenta a tales efectos. De esa paradoja, en todo caso, no se sale por la vía del derecho penal, sino por la del cambio social.

4. LEGITIMIDAD POLÍTICA DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO: HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD

La dificultad de las teorías de la pena tradicionales para abordar el problema político de la injusticia social ha tenido como correlato similares dificultades por parte de la teoría del delito y de la imputación. De hecho, buena parte de la tradición crítica con

[64] Por decirlo en términos hegelianos, el derecho —y en este caso las teorías normativas de la pena— solo puede «reconstruir normativamente» aquellos ideales o valores que están ya de algún modo residenciados en la «eticidad» de la sociedad particular a la que se dirige, lo que implica que tratar de imponer formas de legitimación extrañas a dicha «eticidad» es una tarea condenada al fracaso. Ello no implica que una sociedad no puede devenir algo distinto a lo que ya es en términos de sus prácticas morales asentadas, sino que toda transformación posible nace desde dentro de esa vida ética y no desde fuera. Sobre ello, HONNETH, 2014: 20 y ss.

[65] *Ibid.,* 22.

el derecho penal liberal ha puesto de relieve que dicha teoría, como producto discursivo, se ha afanado más en la tarea de limitar el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito de la llamada «criminalidad de los poderosos» que en la de los vulnerables; que habría, en fin, ocultado bajo una fina capa discursiva la reproducción de las desigualdades sociales existentes, en la medida en que los primeros tendrían la capacidad de obtener del discurso científico una serie de conceptos capaces de limitar su responsabilidad penal (principio de confianza, prohibición de regreso, imputación objetiva, principio de legalidad, etc.), mientras que los otros no encontrarían en el discurso científico más que silencio y unas pocas aportaciones[66]. Más allá de esta compleja cuestión de genealogía y formación del discurso penal y sus categorías dogmáticas[67], me parece que lo interesante es tratar de que también la teoría del delito mejore sus prestaciones a la hora de dar respuesta a los problemas que la injusticia social pone sobre la mesa del derecho penal. Creo, de hecho, que en el nivel de las consecuencias dogmáticas de determinadas injusticias será mucho más fácil llegar a acuerdos doctrinales que en el metanivel de las teorías del castigo, del mismo modo que se llegó a un amplio consenso sobre las causas de inimputabilidad sin haber llegado a un consenso comparable sobre la cuestión más filosófica del fundamento de la culpabilidad.

4.1. La aproximación tradicional al problema

Como se ha dicho anteriormente, las situaciones de grave exclusión social o marginación afectan a la hora de imputar un hecho a quien las sufre en dos sentidos: en tanto perturban la capacidad de motivación del autor, es decir, las capacidades que son normalmente requeridas para el seguimiento de normas (nivel psicológico-volitivo/interno); y, en segundo lugar, en tanto afectan a la mencionada legitimidad moral/política de la instancia de imputación, en tanto esta no podría elevar un reproche —o no del mismo modo en que lo suele hacer— frente a quien ha sido tratado injustamente (nivel político/externo). Precisamente por haber ignorado la dimensión política del castigo, la aproximación dogmática clásica a la cuestión de la pobreza o la exclusión social se ha restringido al aspecto interno. Concretamente, el mayor desarrollo se ha producido en torno a las situaciones de necesidad justificante o exculpante en que la persona pobre o marginada se puede ver envuelta, tal y como se ha venido articulando desde la clásica doctrina del hurto famélico, la cual se ha ido ampliando tanto en relación con el tipo de delito —que puede ir más allá del hurto— como con el tipo de necesidad o peligro del que se quiere escapar —puede ir más allá del hambre o del frío, y no tiene por qué ser extremo o vital—[68].

Sin embargo, no hay que descartar en otros casos la existencia de situaciones de pobreza que deriven en errores acerca del carácter antijurídico de la conducta, más frecuentes allá donde se aprecie además una situación de marginalidad sociocultural; como tampoco, en casos de socialización exótica, la apreciación de una causa de

[66] Sobre estas cuestiones, GRACIA MARTÍN, 2003: 167 y ss.

[67] Sobre ello, en términos generales, FOUCAULT, 1992. En mi opinión, el campo de la genealogía del discurso penal es uno en el que todavía hay mucho por avanzar, lo cual está relacionado, en mi opinión, con que la obra de FOUCAULT ha influido mucho más en el ámbito de la criminología que en el del derecho penal.

[68] Sobre ello, ampliamente, CIGÜELA SOLA, 2019a: 36 y ss., 306 y ss.

inimputabilidad, fundada en este caso no en una característica cognitiva del sujeto en cuestión, sino en una intensa divergencia —no imputable al autor— entre los valores comunes y aquellos en los que el autor ha sido socializado. Cómo no, la pobreza o marginalidad del agente podrá ser tenida en cuenta en sede de individualización, lugar sistemático que se ha utilizado habitualmente como cajón de sastre en el que introducir las cuestiones de injusticia social a las que venimos haciendo referencia[69].

4.2. Propuesta de una inexigibilidad por razón de la instancia de imputación

Sin embargo, la traslación a la teoría del delito de los problemas de motivación de la persona injustamente excluida no agota la discusión aquí expuesta: estos todavía se enmarcan en el plano tradicional de la exigibilidad subjetiva[70], donde el foco se pone en el sujeto enjuiciado pero no en la autoridad enjuiciadora. Ahora bien, aparte de la *inexigibilidad por razón del sujeto* existe otro tipo de inexigibilidad, en este caso *por razón de la instancia de imputación*, donde lo que ocurre no es que al autor no se le pueda exigir el cumplimiento de normas, sino que la instancia que debería exigírselo, en este caso el Estado, no está en condiciones de hacerlo (mediante pena). Así, cuando al Estado le une una relación moralmente viciada con el autor en cuestión, o cuando ha sido gravemente deficitario a la hora de prestar los servicios o garantizar los derechos que serían necesarios para conducirse de modo jurídicamente adecuado (léase: educación, seguridad, oportunidades laborales), lo que encontramos es una situación de inexigibilidad ya no de tipo subjetivo, sino de tipo político: el autor puede ser perfectamente capaz de comunicar su desapego al derecho, puede que incluso sea esa su intención principal, como en los casos de protesta social; sin embargo, lo que aquí deslegitima el castigo es que el Estado no se encuentra en condiciones de comunicar un reproche al autor al que ha tratado injustamente, pues ha perdido o visto debilitada la autoridad moral requerida para hacer tal cosa. La tercera pregunta a la que se ha aludido al comienzo puede vehicularse, por tanto, en términos de inexigibilidad, e igual que existen causas de justificación, de excusa o de inimputabilidad que impiden al sujeto *responder* por un hecho, podemos encontrar *causas de ilegitimidad política* que impiden o dificultan al Estado *hacer responder* a un sujeto por un hecho.

Tal y como he desarrollado ampliamente en otro lugar[71], los requisitos para la apreciación de esa *inexigibilidad por razón de la instancia de imputación* serían los siguientes: i) el padecimiento por parte del autor del delito de una grave injusticia social; ii) producida o tolerada por el Estado, y iii) que esté objetivamente conectada con la conducta delictiva, o que haga de su punición una solución injusta, irracional, innecesaria o contradictoria atendiendo a las circunstancias sociopolíticas excepcionales del

---

[69] Respecto a los problemas de imputación más concretos se vienen produciendo aportaciones doctrinales de especial interés; así, respecto a la individualización, CÁMARA ARROLLO, 2015; respecto al estado de necesidad, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2006; respecto a la inexigibilidad, ROBLES PLANAS, 2011; respecto a las diferentes posibilidades sistemáticas, SILVA SÁNCHEZ, 2018: 68 y ss. Ampliamente, con un repaso de las consecuencias de la exclusión en las diferentes categorías, CIGÜELA SOLA, 2019a: Parte III.

[70] Sobre la inexigibilidad subjetiva, fundamentales: MELENDO PARDOS, 2002; AGUADO CORREA, 2004; desde el punto de vista del miedo insuperable, VARONA, 2000.

[71] CIGÜELA SOLA, 2019a: 332 y ss.

autor en el seno de la sociedad que debería dirigirle el reproche. Sin que sea posible aquí profundizar en estos requisitos, lo relevante es que en la ponderación para determinar si es posible o no legitimar la respuesta punitiva encontramos, por un lado, que respecto a los delitos violentos o que afecten a la dignidad de terceros la legitimidad política del castigo tenderá a mantenerse inalterada, no solo porque el deber de respetar al otro es por lo general de tipo políticamente incondicionado[72], sino porque su no punición produciría déficits de legitimación también de cara el futuro, al desplazar el problema de la desprotección desde el autor a la propia víctima[73]; en segundo lugar, que debe existir una conexión entre el delito en cuestión y la injusticia social padecida por el sujeto, bien en el sentido de que esta haya operado como factor criminógeno de aquel, o bien en tanto en el propio proceso persecutorio se manifiesten actitudes discriminatorias o vulneraciones de derechos de los acusados[74]; en tercer lugar, que la ausencia de legitimidad afecta al Estado en su capacidad de comunicar un reproche, pero no a terceros en lo relativo a sus posibilidades defensivas; y, por último y en relación al punto anterior, que el espacio para declarar este tipo de inexigibilidad depende de cómo afecte la renuncia al castigo al mantenimiento de la paz social y de la legitimidad prospectiva del Estado, espacio que será menor cuanto más grave sea el delito y menos segura sea la sociedad, y viceversa.

Con este tipo de inexigibilidad, que puede integrarse en la discutida categoría de la punibilidad[75], se establece una conexión entre la pregunta política de la teoría de la pena y la teoría del delito, y en cierto modo se abre un campo de posibilidades, todavía por explorar, para que las teorías de legitimación de la pena se tornen operativas a la hora de desplegar su reverso, esto es, de deslegitimar, total o parcialmente, aquellas prácticas punitivas que no encuentran en ellas justificación suficiente.

5. CONCLUSIÓN

La evolución de un discurso científico está muy condicionada por el modo en que se realizan las preguntas a las que dicho discurso pretende dar respuesta. En lo que respecta al discurso penal y a las teorías de legitimación de la pena, las preguntas han estado condicionadas, y a la vez limitadas, por una tensión dialéctica entre retribución y prevención. Buena parte de la evolución e incluso humanización del derecho penal es atribuible a esa fructífera dialéctica; sin embargo, también lo es un olvido que afecta de

---

[72] Dworkin, 2011: 347: «Un gobierno legítimo no compromete la dignidad cuando actúa con el fin de proteger a algunos ciudadanos de la violencia de otros». Por lo general, la mayor parte de quienes problematizan la legitimidad política del Estado excluyente lo hacen excluyendo de la discusión los delitos violentos; así, por ejemplo, Silva Sánchez, 2018: 68 y ss., quien restringe la discusión a los delitos que no se corresponden con «deberes naturales», sino con «obligaciones adquiridas».

[73] Hay que recordar aquí la excepción de los Estados perversos o extremadamente injustos, que carecen totalmente de legitimidad política, también para castigar delitos violentos.

[74] Por ese motivo será más fácil deslegitimar la pena en casos de complicidad que de *«tu quoque»,* como también lo será en casos donde la discriminación se haya realizado en el propio proceso persecutorio (p. ej., en una redada antidroga, cuando los policías solo hayan registrado a las personas de color), que en aquellos en los que no tenga una relación directa con el delito. El Estado podrá mantener su legitimidad política en la medida en que se distancie de la acción discriminatoria o de otro modo injusta cometida por sus autoridades, por ejemplo condenando su actuación o tomando medidas disciplinarias contra quienes actúan en su nombre.

[75] *Vid.* Cigüela Sola, 2019a: 337 y ss.

modo específico a la relación entre justicia social o política y derecho penal: afanada en la tarea de articular si la pena es merecida y si es necesaria, la ciencia penal ha pasado a menudo por alto la problemática propiamente política del *ius puniendi*, aquella que cuestiona si el Estado tiene la autoridad necesaria para declarar culpable a un sujeto, si cumple las condiciones que posibilitan, en un sentido normativo y no solo fáctico, el ejercicio de un derecho que es además de tipo político.

La pregunta por la dimensión política del castigo, cuyo afloramiento debemos a las recientes teorías de la ciudadanía, pretende resolver ese vacío teórico, ampliando el marco de discusión sobre la legitimidad penal mediante preguntas que anteriormente se daban por supuestas, o se respondían solo parcialmente. Para ello no basta, sin embargo, con expresar en positivo y *a priori* qué condiciones ha de cumplir un Estado para que el ejercicio de su *ius puniendi* sea legítimo, pues también se ha de profundizar en qué tipo de injusticias tienen la virtualidad para deslegitimar su uso, y cómo podemos articular dogmáticamente esa deslegitimación. En ese sentido, aquí se ha propuesto añadir a la clásica inexigibilidad subjetiva una nueva forma de inexigibilidad, política y referida a la instancia de imputación, en cuyo marco se discuta la legitimidad moral o política del Estado para castigar a aquellas personas que han sido tratadas injustamente, discriminadas o excluidas de las prestaciones y derechos básicos que constituyen el presupuesto de una vida personal y cívica digna.

Que un Estado renuncie a la pena por problemas de legitimidad política dependerá, en todo caso, de lo grave que sea la injusticia y lo grave que sea el delito cometido por el individuo, pero también de las posibilidades de pacificación existentes en la sociedad en cuestión. Allá donde el Estado (no perverso) tiene que proteger las condiciones básicas de la existencia, los problemas de legitimidad no pueden ser resueltos por la vía de una renuncia al derecho penal, sino por la de la reforma social y política; sin embargo, no toda forma de delincuencia deja tras de sí la amenaza del *status naturalis*, de modo que, allá donde entra en juego la justicia social y política, la contención punitiva tiene más camino por recorrer de lo que habitualmente estamos dispuestos a reconocer. La cuestión no es, parafraseando a JESCHECK[76], que hayamos sido justos pero fríos con los excluidos o marginados; la cuestión es, creo, que hemos escindido lo justo de lo político, como si el castigo se produjese en un espacio políticamente vacío, cuando es precisamente lo contrario lo que ocurre.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T., 2004: *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada: Comares.

ALCÁCER GUIRAO, R., 2002: «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa,* 25, 139 y ss.

ARISTÓTELES, 2009: *Política*, Madrid: Alianza.

BEADE, G. A., y LORCA, L., 2017: «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía,* núm. 47, 143 y ss.

BECCARIA, C., 2008: *De los delitos y las penas (or.: 1764)*, Madrid: Tecnos.

[76] *Vid.* nota 18.

BERMAN, M., 2010: «Two Types of Retributivism», *Univ. of Texas Law, Public Law Research Paper,* núm. 171 (12 de abril de 2010).

— 2014: «Modest Retributivism», *The Univ. Texas School Of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series,* núm. 560.

BODIN, J., 1962: *The Six Bookes of the Commonwealth (or.: 1576)*, Cambridge: Harvard University Press.

BRETTSCHNEIDER, C., 2007: *Democratic Rights: The Substance of Self-Government*, Princeton University Press.

CÁMARA ARROYO, S., 2015: «Justicia social y derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *ADPCP*, vol. LXVIII, 327 y ss.

CID MOLINE, J., y MORESO, J. J., 1991: «Derecho penal y filosofía analítica», *ADPCP*, t. XLIV, fascículo I.

CIGÜELA SOLA, J., 2017: «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal: Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret,* 2.

— 2019a: *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política del castigo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— 2019b: «Delito, pena y criminalización a la luz de las teorías del reconocimiento: de Hegel a Honneth» (en prensa).

COHEN, G. A., 2006: «Casting the First Stone: Who Can and Who Can't, Condemn the Terrorists?», en A. O'HEAR (ed.), *Political Philosophy*, Cambridge University Press, 113 y ss..

DAN-COHEN, M., 2014: «Dignity, crime and punishment: a Kantian perspective», en DÜBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press.

DELGADO, R., 2012: «The Wretched of the Earth», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review,* vol. 2, 1.

DERRIDA, J., 2006: *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, Barcelona: Paidós.

DUFF, A., 2001: *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press.

— 2015: *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI.

DWORKIN, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press.

FALK, P., 1996: «Novel Theories of Criminal Defense Based upon the Toxicity of the Social Environment: Urban Psychosis, Television Intoxication, and Black Rage», *N. C. L. Rev.*, 774 y ss.

FOQUÉ, R., 2008: «Criminal Justice in a Democracy: Towards a Relational Conception of Criminal Law and Punishment», *Crim. Law and Philos.,* 2.

FOUCAULT, M., 1992: *El orden del discurso*, Buenos Aires: Tusquets.

— 2003: *Hay que defender la sociedad,* Madrid: Akal.

— 2008: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa.

— 2009: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires: Siglo XXI.

FRASER, N., 2008: *Escalas de justicia*, Barcelona: Herder.

GARGARELLA, R., 2011: «Penal Coercion in Context of Social Injustice», *Criminal Law and Philosophy,* 5.

GRACIA MARTÍN, L. 2003: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— 2005: «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», en BARREIRO (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, Pamplona: Civitas, 447 y ss.

GROVES, W. B., y FRANK, N., 1986: «Punishment, Privilege and Structured Choice», *Punishment and Privilege*, New York: Harrow & Heston.

GÜNTHER, K., 2005: *Schuld und Kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

HANEY, C., 2008: «*Evolving Standards* of Decency: Advancing the Nature and Logic of Capital Mitigation», *Hofstra Law Review,* 36, 835 y ss.

HARCOURT, B., 2013: «Beccaria's "On Crimes and Punishments": A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law», *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper,* núm. 648.

HARRIS, A. P., 2012: «Rotten Social Background and the Temper of the Times», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review,* 2: 144 y ss.

HEGEL, G. W. F., 2000: *Grundlinien der Philosophie des Rechts (orig. 1820)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HOBBES, T., 2010: *Leviathan, Or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill (orig. 1651)*, New York: Yale University Press.

HONNETH, A., 2014: *El derecho de la libertad.* Madrid: Katz-Clave Intelectual.

HÖRNLE, T., 2015: *Teorías de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HUDSON, B., 2000: «Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference», en HEFFERNAN y KLEINIG (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice*, Oxford University Press.

JESCHECK, H.-H., 1993: *Tratado de Derecho Penal. Parte General (4.ª ed. Trad. J. L. Manzanares).* Granada: Comares.

KANT, I., 2005: *La metafísica de las costumbres (orig. 1785)*, Madrid: Tecnos.

KINDHÄUSER, U., 2011a: «Personalidad, culpabilidad y retribución», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires: BdF, 3 y ss.

— 2011b: «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires: BdF, 211 y ss.

KLESCZEWSKY, D., 1997: «Auswirkungen Umbruch und Krise einer Bürger Gesellschaft auf das Strafrecht - eine Hegelianische Perspektive», *ARSP*, Beiheft, 71: 140 y ss.

KÖHLER, M., 1986: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg: R.v. Decke & C. F. Müller.

LASCURAIN, J. A., 2016: «Proporcionalidad penal», en M.ª L. MAQUEDA ABREU, M. MARTÍN LORENZO y A. VENTURA PÜSCHEL, *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. LH al prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid: UCM, 115 y ss.

LEYDET, D., 2014: «Citizenship», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Spring 2014 Edition.

LIPOVETSKI, G., 2000: «Violencias salvajes, violencias modernas», en *id., La era del vacío*, Barcelona: Anagrama, 174 y ss.

LUHMANN, N. 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.

MAÑALICH, J. P., 2011a: «Retribucionismo expresivo: acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires: BdF, 29 y ss.

— 2011b: «Pena y ciudadanía», en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires: BdF, 116 y ss.

— 2013: «Justicia, Propiedad y Prevención», en *id.* (ed.), *Ciencia Penal en la Universidad de Chile*, Santiago: Universidad de Chile, 167-186.

MARTÍN LORENZO, M., 2009: *La exculpación penal: Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2006: «Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español», en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, 230 y ss.

MELENDO PARDOS, M., 2002: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas,* Granada: Comares.

MELISSARIS, E., 2012: «Property Offences as Crimes of Injustice», *Crim. Law and Philos.,* 6: 149 y ss.

MIR PUIG, S., 2006: *Estado, pena y delito*, Montevideo: BdF.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2002: *Responsabilidad jurídica y libertad (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad),* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MOORE, M. 1997: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, New York: Oxford.

MURPHY, J. G., 1973: «Marxism and Retribution», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 3, Spring.

NORRIE, A., 1991: *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice*, Dordrecht: Kluwer.

— 1998: «"Simulacra of Morality"? Beyond the Ideal/Actual Antinomies of Criminal Justice», en DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge University Press.

ORTEGA Y GASSET, J., 2006: *La rebelión de las masas*, Madrid: Austral.

ORTIZ DE URBINA, Í., 2017: «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en R. CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Buenos Aires-Montevideo: BdeF.

PARSONS, T., 1983: *La sociedad. Perspectivas evolutivas y comparativas,* México: Trillos.

PASHUKANIS, E., 1978: *Law and Marxism: a general theory*, Eastborn: Pluto Press.

PAWLIK, M., 2004: «"Selbstgesetzgebung der Regierten": Glanz und Elend einer Leigitimationsfigur», *Recht und Politik*, *ARSP* Beiheift, 93: 115 y ss.

— 2017: *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens,* Baden-Baden: Nomos Verlag.

PÉREZ DEL VALLE, C., 2004: «La persona del Derecho penal en la filosofía del Derecho de Hegel», en *id., Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— 2016: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Madrid: Dykinson.

PETTIT, P., 2000: «Indigence and Sentencing in Republican Theory», en HEFFERNAN y KLEINIG, *From Social Justice to Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 230 y ss.

PLATÓN, 2002: *Apología de Sócrates; Critón; Carta VII*, Madrid: Austral.

PORTILLA CONTRERAS, G., 2006. «Legitimación del derecho penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos», en M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y J. A. GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 489 y ss.

PRIMORATZ, I., 1989: «Punishment as Language», *Philosophy,* 64 (248): 187-205.

RADBRUCH, G., 1944: *Filosofía del derecho*, Madrid: Ed. Revista de Derecho privado.

RAIZADA, R. D. S.; RICHARDS, T. L.; MELTZOFF, A., y KUHL, P. K., 2008: «Socioeconomic status predicts hemispheric specialization of the left inferior frontal gyrus in young children», *NeuroImage*, 40: 1392 y ss.

RAVALLION, M., 2016: *The Economics of Poverty. History, Measurement and Policy*, Oxford University Press.

RAWLS, J., 1971: *A theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.

RICOEUR, M., 1996: *Sí mismo como otro,* Madrid: Siglo XXI.

RIVERA LÓPEZ, E., 2015: «Castigo penal, injusticia social y autoridad moral», *Análisis filosófico XXXV,* núm. 2, 167 y ss.

ROBINSON, P. H., 2012: «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and "Rotten Social Background"», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 2, 53 y ss.

ROBLES PLANAS, R., 2011: «Caso del Leinenfänger», en P. SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid: La Ley, 111 y ss.

ROXIN, C., 1997: *Derecho penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.

SCHÜNEMANN, B., 2002: «Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur —Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist—», en PRITTWITZ *et al.* (comps.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden: Nomos Verl., 327-343.

SEELMANN K., 2008: «Symbolische Kommunikation über die Legitimation von Strafe im 18. und frühen 19. Jahrhundert», en *Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung,* Münster: Rhema Verl.

— 2012a: «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 213 y ss.

— 2012b: *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter.

SEN, A., 2010: *La idea de la justica*. Madrid: Taurus.

SHKLAR, J., 1990: *Faces of Injustice*, Yale University Press.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1992: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch.

— 2013: «Presupuestos sociopolíticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (ed.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 715 y ss.

— 2018: *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Barcelona: Atelier.

TADROS, V., 2009: «Poverty and Criminal Responsibility», *J. Value Inquiry,* 43, 408 y ss.

TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica* (versión *online*: *http://hjg.com.ar/sumat/index.html*).

TORIO LÓPEZ, A., 1985: «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 285 y ss.

VARONA, D., 2000: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada: Comares.

VON LISZT, F., 1995: *La idea del fin en derecho penal* (trad. Pérez del Valle), Granada: Comares.

ZAFFARONI, R. E.; ALAGIA, A., y SLOKAR, A., 2002: *Derecho penal. Parte General* (2.ª ed.), Buenos Aires: Ediar.

ENTREVISTA

ENTREVISTA A MICHEL TROPER*

INTERVIEW TO MICHEL TROPER

Manuel Atienza

Universidad de Alicante
manuel.atienza@ua.es

Manuel Atienza: *Para empezar, me gustaría que trazaras para el lector de Doxa una breve biografía intelectual. ¿Cómo surgió tu interés por la filosofía del Derecho? ¿Quiénes han sido tus maestros? ¿Cómo era la universidad francesa en la que te formaste y cómo es ahora? ¿Había y hay incentivos para el estudio teórico del Derecho? ¿Cuáles han sido las principales etapas de tu trayectoria intelectual?*

Michel Troper: Llegué a la filosofía del Derecho y, por cierto, al Derecho sin más por vías indirectas. En efecto, comencé por hacer estudios de economía y de administración en *Sciences Po,* y después en el *INSEAD.* Paralelamente, estaba matriculado en la Facultad de Derecho de París que, en esta época —y hasta el final de los años sesenta— era una facultad de «Derecho y ciencias económicas». Estaba dividida en secciones de Derecho público, Derecho privado, historia del Derecho y ciencias económicas, en la que se enseñaba muy poco de Derecho. En el momento en el que me convencí de mi poca apetencia por el mundo de los negocios, se abrió una nueva vía que permitía entrar directamente, mediante un pequeño examen bastante fácil, en una formación, lo que hoy se llamaría un máster 2, en ciencias políticas. Comportaba algunas materias de Derecho que, de repente, me parecieron extraordinariamente interesantes y, sobre todo, eran seguidas por algunos doctorandos en Derecho que terminaban sus tesis y venían a completar su cultura en ciencias sociales. Gracias a ellos pude entrever la riqueza y el rigor del razonamiento jurídico y también lo que podía ser una carrera académica, pues yo no podía tener ninguna idea de ello en mi medio social de origen.

Hubo sobre todo un encuentro muy importante. Uno de estos doctorandos me animó a asistir a los cursos de su maestro, Charles EISENMANN, que enseñaba Derecho administrativo, pero también filosofía del Derecho. Hay que recordar que la enseñanza de la filosofía del Derecho en Francia era entonces casi inexistente. No estaba en absoluto en el programa de la licenciatura en Derecho, ni tampoco en la licenciatura en filosofía o en los programas de máster 2; solamente figuraba como materia opcional y exclusivamente en París y en Estrasburgo. Por lo demás, esa enseñanza consistía ante todo en una historia del pensamiento jurídico. La había afianzado, primero en Estrasburgo y luego en París, Michel VILLEY, un historiador del Derecho que se presentaba como tomista, y en la cultura de la época la idea misma de filosofía del Derecho aparecía unida a su nombre.

* Traducción de Manuel Atienza.

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.17

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 42 (2019) ISSN: 0214-8676 pp. 415-433

No hace falta decir que Charles EISENMANN, que era kelseniano, era muy marginal en una disciplina que era a su vez muy marginal. Se puede decir incluso que era, durante los años sesenta y sobre todo los setenta, el único kelseniano en Francia. Había sido alumno, en Estrasburgo, de CARRÉ DE MALBERG, que le había aconsejado elegir un tema de tesis de Derecho positivo. Había decidido consagrarse al estudio de la Alta Corte constitucional de Austria de creación reciente y había trabajado en Viena bajo la dirección del mismo KELSEN. La tesis, por lo demás, se publicó en 1928 con un prefacio de KELSEN. Después tradujo al francés varios textos de su maestro y, de manera señalada, un importante artículo sobre la garantía jurisdiccional de la constitución y el libro sobre la democracia. Cuando conocí a EISENMANN, terminaba la traducción de la segunda edición de la *Teoría pura*, que aparecería en 1962. Sin embargo, a pesar de esos esfuerzos, la recepción de KELSEN fue muy limitada, y así siguió hasta los años 1970, cuando el desarrollo del control de constitucionalidad llevó a los constitucionalistas a buscar un fundamento para su legitimidad. Entonces se reeditó la tesis de Charles EISENMANN y una o dos publicaciones de KELSEN.

Pero Charles EISENMANN fue mucho más que un traductor y un introductor de KELSEN. También utilizó la teoría pura como instrumento de análisis del Derecho positivo, en particular del Derecho administrativo, y aportó su propia contribución a la teoría, especialmente con los conceptos de centralización y descentralización, la oposición entre Derecho público y Derecho privado o la clasificación de las formas de gobierno.

Yo emprendí, pues, en ese momento estudios de Derecho un poco más serios, en primer lugar, inscribiéndome en un máster 2 de Derecho público, y después, comenzando una tesis, naturalmente bajo la dirección de Charles EISENMANN. Habría sido suicida preparar una tesis en filosofía del Derecho. El acceso a una carrera académica en las facultades de Derecho estaba subordinado —y sigue siendo así— al éxito en un concurso de agregación, organizado por secciones: Derecho público, Derecho privado o historia del Derecho. Cada uno de esos concursos consistía en una serie de pruebas en las principales materias de la disciplina. Ninguna de ellas incluía la filosofía del Derecho. Si se quería hacer un trabajo en filosofía del Derecho, había en primer lugar que hacer un trabajo en Derecho positivo, que se podía abordar de manera un poco teórica, y EISENMANN me sugirió que me interesara por la separación de poderes y por examinar una clasificación de las constituciones muy extendida en esa época para efectuar una distinción entre las constituciones de los regímenes representativos y también entre las numerosas constituciones que ha conocido Francia. Ese trabajo me condujo evidentemente a adquirir algunas nociones de teoría de las clasificaciones, de teoría constitucional, de historia constitucional y de metodología histórica.

Después de haber defendido la tesis, me presenté a, y logré, la agregación de Derecho público, como consecuencia de lo cual, fui nombrado profesor en Rouen, en donde enseñé durante diez años. Allí traté de crear un curso de teoría del Derecho, lo que no fue fácil, por razón de las reticencias de mis colegas y el escaso número de estudiantes interesados. Este escaso número era, por otro lado, en parte debido a la proximidad de París, porque los mejores estudiantes, los que querían seguir estudios a un nivel teórico, se iban a la Facultad de Derecho de la capital. Sin embargo, logré introducir una enseñanza, desde luego opcional, en el nivel del máster 2, crear un embrión de centro de investigación y dirigir algunas memorias concernientes a la teoría.

Se dice a menudo que para aprender algo es necesario enseñarlo, y eso es lo que yo hice con la teoría del Derecho, pero para enseñarlo, se necesitaba de todas formas adquirir algunos conocimientos de base, lo que no era fácil. Como esta disciplina no se enseñaba, solo había muy pocas publicaciones en lengua francesa y las bibliotecas públicas apenas tenían obras extranjeras en ese campo. Aparte de las traducciones de KELSEN de EISENMANN, de las que ya he hablado, no se disponía más que de los escritos de VILLEY, pero HART no había sido traducido, ni tampoco BOBBIO o los realistas americanos. Yo leía inglés y alemán, pero, en el segundo caso, con muchas dificultades y era, por lo demás, muy difícil procurarse obras recientes, y no sabía en absoluto italiano.

Mi suerte fue haber sido introducido ante BOBBIO, quien me recibió con una amabilidad y una generosidad extraordinarias. Él fue quien me envió a otros filósofos del Derecho italianos. Y así fue como conocí a TARELLO, a SCARPELLI y a sus respectivos alumnos, COMANDUCCI, GUASTINI o GIANFORMAGGIO. Pude aprender italiano e introducirme en la teoría analítica.

M. A.: *¿Cómo transcurrió después tu vida académica?*

M. T.: En 1978 fui nombrado profesor en la Universidad de París X Nanterre, que había sido creada al día siguiente de 1968 y que acababa de sufrir una crisis providencial. Esa universidad era ciertamente pluridisciplinar, pero limitada a las ciencias humanas y sociales, muy politizada y mayoritariamente orientada a la izquierda; los juristas, mucho más conservadores que sus colegas, se encontraban aislados. En 1976 obtuvieron del ministerio la creación de una facultad de Derecho en el seno de la Universidad de París V, que no la tenía, y dejaron Nanterre en masa. En 1978 solo quedaba un pequeño número de profesores que tuvieron que reclutar a nuevos colegas y yo pude beneficiarme de esa oportunidad.

En Nanterre las cosas han sido mucho más fáciles. Los colegas eran más interesantes y más abiertos, los estudiantes más interesados y más numerosos. Al principio enseñé sobre todo Derecho constitucional pero, poco a poco, me fue posible introducir la teoría del Derecho en los programas e incluso crear un máster 2 especializado.

Por lo demás, las cosas en Francia no habían cambiado solo en Nanterre. En el plano intelectual, el Derecho, que durante mucho tiempo había sido considerado como una técnica sin gran interés, en adelante fue objeto de un gran interés por parte de algunos filósofos, sociólogos, psicoanalistas o historiadores. Desde un punto de vista institucional, existía una asociación denominada «Asociación francesa de Filosofía del Derecho» que era miembro de la IVR, y que un cierto número de mis amigos encontraban, al mismo tiempo, muy tradicionalista, muy marcada por el iusnaturalismo, excesivamente aislada de las disciplinas no jurídicas, de los debates intelectuales tan vivos en otros países y completamente irreformable. Decidimos pues separarnos de ella y crear una nueva asociación, la Sociedad francesa de Filosofía jurídica y política (SFPJ) que reunía a los filósofos del Derecho procedentes de la filosofía y a otros procedentes del Derecho. Yo fui el primer presidente y la SFPJ consiguió ser reconocida como una segunda sección francesa de la IVR, además de la asociación que habíamos abandonado.

Una de las ambiciones de la SFPJ era desarrollar la enseñanza de la filosofía del Derecho en las facultades de Derecho. Creo poder decir que la situación actual de la

disciplina, si bien no es tan satisfactoria como en otros países, como Italia o España, hoy es claramente mejor que hace algunos años.

Nanterre introdujo un curso de teoría del Derecho en primer año, gracias al apoyo de algunos profesores extranjeros, que tenían experiencia en este tipo de enseñanza y que la aseguraron por turnos durante cuatro años[1], después de lo cual los profesores de Nanterre tomaron el relevo. El ejemplo ha sido seguido en otras varias universidades, si no en primer año, al menos en otros niveles. Se han creado nuevas revistas como *Droits* o *Jus Politicum,* y la nueva generación de profesores de Derecho, esto es, los que hoy llegan a la cincuentena, es políglota, mucho más abierta a otras disciplinas y a las culturas extranjeras, e incluso los que no enseñan teoría del Derecho no la desprecian, sino que, por el contrario, son favorables a emplear en el estudio del Derecho positivo los conceptos que aquella ha producido.

M. A.: *Pasemos ahora a hablar de tu obra escrita. Nos has explicado cómo ha transcurrido entre el Derecho público (el Derecho constitucional) y la filosofía del Derecho, y las razones de que haya sido así. ¿Podrías ahora señalarnos cuáles consideras que han sido tus principales contribuciones en este último campo, el de la filosofía del Derecho? ¿Ha habido, a lo largo de estos años, algún cambio de orientación en la manera de concebir la disciplina o, por el contrario, dirías que has seguido siempre una misma línea? ¿Y cómo ha influido en tu manera de cultivar la filosofía del Derecho tu doble condición de iusfilósofo y de constitucionalista?*

M. T.: Creo que es preferible comenzar por la última parte de la pregunta y volver un momento a la relación entre el Derecho constitucional y la teoría del Derecho, que ha sido muy importante para mí, pero no solo para mí, pues numerosos teóricos o filósofos del Derecho han escrito también sobre Derecho constitucional o sobre la teoría general del Estado. Piénsese en JELLINEK, LABAND, CARRÉ DE MALBERG, SCHMITT o KELSEN. Hay también evidentemente una relación con la historia constitucional, especialmente la historia constitucional francesa: los autores alemanes del siglo XIX razonan mucho a partir de los conceptos tal y como han sido construidos y reconstruidos por la Revolución francesa, como soberanía nacional, representación, separación de poderes, derechos del hombre, pero también poder constituyente o garantía de la constitución. Esa relación ha sido muy importante en mi caso personal, puesto que, para preparar mi tesis sobre separación de poderes, que se centraba esencialmente en las constituciones revolucionarias, he tenido que leer a estos autores, así como a los que habían precedido a la Revolución, y también los debates en las asambleas. Ahora bien, los miembros de las asambleas revolucionarias eran en gran medida juristas y hombres de gran cultura. Los debates llevaban siempre a las grandes cuestiones de la teoría del Derecho, pero no se puede comprender lo que estaba en juego o analizar los discursos si no es a la luz de las teorías modernas y, a la inversa, se puede contribuir a esclarecer algunas de las grandes cuestiones de la teoría moderna por la forma como los revolucionarios plantearon y resolvieron los problemas prácticos.

Voy a dar cuatro ejemplos. El primero atañe a la teoría del acto jurídico. La Asamblea nacional constituyente, desde el otoño de 1789, había debatido sobre el poder legislativo. Como consecuencia de un compromiso entre los defensores de una mo-

[1] Se trataba de Riccardo GUASTINI, François OST, Manuel ATIENZA y Sheldon LEADER.

narquía a la inglesa, que querían que el rey dispusiera de un derecho de veto absoluto, y sus adversarios, la izquierda de la asamblea, que rechazaba todo tipo de veto, se decidió que habría un derecho de veto suspensivo. ¿Hacía eso del rey un coautor de la ley?, y la Constitución de 1971, ¿instituía, en razón de ese veto, un régimen mixto? Es una cuestión que no se puede resolver mediante la simple lectura de los debates, porque solo un número relativamente restringido de diputados toman la palabra, sus discursos no reflejan necesariamente sus intenciones reales y, como se sabe, puede ocurrir muy bien que los legisladores crean estar haciendo una cosa y en realidad hacer otra. Se necesita pues investigar no lo que los constituyentes han dicho que querían hacer, sino lo que efectivamente han hecho. La cuestión es de gran importancia para los historiadores que, por lo demás, están divididos. Algunos estiman, en efecto, que con un veto que solo era suspensivo el rey estaba privado de todo poder, de forma que la asamblea dominaba de manera absoluta. Lo que siguió a la Revolución, en particular la dictadura de la Convención, estaría así en germen en las primeras decisiones del 89. Para otros, por el contrario, el veto suspensivo es un poder bien real y el uso que de él hizo Luis XIV en el 92 explica la caída de la monarquía. Ahora bien, la teoría del Derecho proporciona un instrumento que puede servir de árbitro entre las dos tesis. Según Charles EISENMANN, hay que llamar «coautor» de un acto jurídico al que tiene una competencia en la decisión, es decir, aquel cuyo consentimiento es necesario para su adopción. El rey de la constitución de 1791 puede oponerse a la adopción de una ley durante seis años, lo que en el periodo revolucionario es un tiempo considerable. Hay que hacer notar por lo demás que de este análisis se puede extraer una lección de metodología para la historia del Derecho y para el Derecho comparado: para entender los conceptos jurídicos, no cabe contentarse con analizar los sistemas históricos en los que operan, sino que se necesita previamente, para identificarlos, metaconceptos proporcionados por la teoría del Derecho [«Sur l'usage des concepts juridiques en histoire», *Annales. Histoire, Sciences Sociales,* 47, núm. 6 (diciembre 1992), 1171-1183, *https://doi.org/10.3406/ahess.1992.279103*].

El segundo ejemplo, por lo demás ligado al primero, concierne a la formación no ya de metaconceptos, sino de conceptos jurídicos propiamente dichos. Una vez decidido que el rey participa de manera decisiva en la formación de la ley, hay que justificar ese poder. Se había admitido desde el comienzo de la Revolución que solo y únicamente el pueblo era el soberano, pero que no ejercería su soberanía más que a través de representantes. Se admitía también, desde hacía mucho tiempo, que ejercer la soberanía era hacer la ley. De ello se seguía que quienes hacían la ley debían ser considerados como aquellos que expresaban no su propia voluntad, sino únicamente la del soberano y que ellos eran representantes. No eran representantes en razón de la manera como habían sido designados, sino que se les presumía representantes en razón de su participación en el poder legislativo. El cuerpo legislativo y el rey eran pues, ambos, representantes. Sin embargo, era imposible presentar al cuerpo legislativo electo y a un monarca hereditario como dos representantes del pueblo soberano. Se trataba de una imposibilidad no solamente política e ideológica, sino propiamente lógica, que comporta la dificultad de combinar gobierno mixto y soberanía popular. En un gobierno mixto, en efecto, el pueblo comparte la soberanía con un rey o eventualmente con los nobles, pero si comparte la soberanía, entonces no puede ser llamado soberano. En esas condiciones, si el poder legislativo está compartido —o es ejercido conjuntamen-

te— por varias autoridades, es necesario, bien considerar que ellas son conjuntamente soberanas, como en Inglaterra, y renunciar a presentarse como representantes, o bien presentarlas como representantes de entidades distintas, el pueblo, la nobleza, la corona, pero entonces ya no hay un único soberano. Para mantener a la vez que el gobierno es mixto, que es representativo y que hay un único soberano, la asamblea nacional tenía pues que cortar el nudo gordiano. La solución original consistió en considerar que el soberano no era el pueblo, sino una entidad superior, la nación, la cual podía ser representada por el cuerpo legislativo y por el rey. El concepto de nación había sido así secretado por el conjunto del sistema de justificación de la distribución de poderes (*La séparation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française,* Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015). He utilizado más tarde este modo de análisis para otros conceptos como, por ejemplo, el de «ciudadano».

El tercer ejemplo es mucho más simple. Se refiere al poder judicial y a la teoría de la interpretación. Del hecho de que el ejercicio de la soberanía se hace por medio de la ley, resulta una concepción de la producción del Derecho y de la organización del poder, según la cual no puede haber otra fuente que la ley, de manera que los otros actos tienen que ser de pura ejecución de la ley y tienen que estar estrictamente subordinados a la ley. Así, la función de juzgar debía también consistir únicamente en la aplicación de la ley. Sin embargo, resulta obligado constatar que es imposible aplicar la ley sin interpretarla, al igual que la facultad de interpretar implica la capacidad de rehacerla. Los revolucionarios afrontan este problema práctico en los términos en que aparece en ciertos debates modernos entre la concepción de la interpretación como conocimiento y como creación. Desean prohibir a los jueces interpretar, pero saben que no pueden evitarlo en la práctica. Tampoco pueden hacer que esta función revierta al legislador, porque este acumularía entonces los dos poderes. Su solución consiste en una doble distinción. Se distingue en primer lugar entre la aplicación, que supone el conocimiento del sentido de la ley y que es pues susceptible de ser verdadera o falsa, y la interpretación, que es una función de la voluntad, que no es más que una recreación y que es necesario prohibir. Por otra parte, se distingue la interpretación *in abstracto*, considerada como una usurpación del poder legislativo y, por tanto, rigurosamente prohibida a los tribunales bajo pena de abuso de autoridad, y la interpretación *in concreto*, que no es más que una aplicación y que, por tanto, no debe ser únicamente autorizada, sino establecida como obligatoria. Sin embargo, la aplicación puede descansar en un desconocimiento del sentido verdadero de la ley. Hay, pues, que situarla bajo el control indirecto del cuerpo legislativo. Los juicios podrán ser revocados por un tribunal de casación, no por mala interpretación, sino por falsa aplicación de la ley. Sin embargo, puede tener lugar una contradicción persistente entre este tribunal y los tribunales inferiores, se crea una presunción de oscuridad de la ley, que entonces debe ser interpretada, pero es solo al cuerpo legislativo al que le corresponde dar una interpretación *in abstracto*. Así, el tribunal de casación puede aplicar sin interpretar y el legislador interpretar sin aplicar. Es evidentemente una ficción, pero una ficción necesaria para preservar la separación de poderes (*La séparation des pouvoirs,* Paris).

Esta ficción tendrá, por lo demás, efectos exactamente contrarios a lo que se esperaba: la posibilidad de una creación jurisprudencial de Derecho. En efecto, puesto que el tribunal de casación —más tarde, Corte de casación— hacía como que aplicaba sin

interpretar, le bastó con afirmar, sin tener ninguna necesidad de justificarlo, que la ley tenía tal sentido. Como los tribunales debían «aplicar» la ley, tal y como la entendía la Corte de casación, esta ha producido en realidad una interpretación abstracta, es decir, una regla general («La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto», *Ragion pratica*, junio 1996, 65).

El cuarto y último ejemplo concierne a la idea de constitución, pero tiene también, me parece, un alcance epistemológico. Las constituciones del siglo XVIII, tanto en Francia como en América, se concebían no como normas que había que respetar porque eran obligatorias, sino como mecanismos, idealmente inderogables, que no se podían dejar de respetar —*a machine that would go of itself*— y que no necesitaban por tanto un órgano de control. El principio de estos mecanismos residía naturalmente en los equilibrios entre los poderes que, además, se suponía garantizaban la cualidad de la legislación moderada. Por supuesto, las constituciones modernas se entienden de otra manera, es decir, como normas obligatorias, cuyo respeto hay que garantizar mediante instituciones de control. Sin embargo, es posible utilizar esta concepción de la constitución para analizar los sistemas constitucionales modernos en términos de relaciones de fuerza entre órganos y comprender así las estrategias que les ha llevado a emplear [«La machine et la norme. Deux modelés de constitution», *Doxa,* 22 (1999), 331-347, reproducido en TROPER, *Le droit, la théorie du droit, l' Etat,* Paris, PUF, 2001, 147 y ss.]. Pero más allá incluso de las cuestiones de construcción de una constitución o del análisis de las estrategias de las autoridades constitucionales, cabe interrogarse sobre la naturaleza de la relación entre estos comportamientos y los sistemas que los hacen necesarios y analizarlo como una forma de causalidad.

M. A.: *Los ejemplos no pueden ser de mayor interés. ¿Fue así como llegaste a la filosofía del Derecho?*

M. T.: A partir de lo anterior y sobre estos temas, me empecé a interesar en algunos temas específicos de la teoría del Derecho, sobre todo desde una perspectiva realista, próxima a la de la escuela de Génova. Los reagruparé, sin preocuparme por el orden cronológico, en tres rubros principales, que se refieren respectivamente a la teoría de la ciencia del Derecho y la metodología, a la teoría general del Derecho y a la teoría general del Estado. Por otro lado, no se trata tampoco de un orden lógico, en el sentido de que las tesis a las que habría llegado trabajando sobre una cuestión habrían implicado otras tesis relativas a otra cuestión, sino más bien de un orden puramente contingente —y, por lo demás, fruto de una reconstrucción *a posteriori*— de la manera como he podido proceder por asociación de ideas más o menos conscientes.

M. A.: *¿Por dónde vas a empezar entonces?*

M. T.: Por la teoría general del Derecho. En primer lugar, me impactó la gran incertidumbre que parecía haber en la teoría kelseniana sobre la cuestión de la interpretación. En la teoría pura, se trata en una especie de apéndice que no está en coherencia con el resto. Siempre he encontrado muy curioso que KELSEN hable de interpretación de normas, cuando él define la norma como el significado de un acto humano y la interpretación como la determinación de un significado. ¿Cómo sería posible entonces determinar el significado de un significado? Se requiere pues que la interpretación se refiera no a normas, sino a enunciados. A la vista de estas definiciones, me ha parecido

que, si la interpretación auténtica, contrariamente a la interpretación como acto de conocimiento, era solo productora de sentido, entonces era ella —y solo ella— productora de normas. El intérprete auténtico es pues el verdadero autor de la norma que está obligado a aplicar [p. ej. (1981), «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique», *Revue internationale de philosophie,* 35, 138 (4), 518-529, *http://www.jstor.org/stable/23945337*].

De eso extraje algunas consecuencias para la jerarquía de las normas. El intérprete auténtico determina de diversas maneras el significado de un texto. Antes de determinar el contenido de la prescripción significada por el texto aplicable, debe, al menos implícitamente, decidir que tiene el carácter de una norma jurídica, por ejemplo, que el preámbulo de una constitución o una Declaración de derechos no es un simple ornamento retórico, sino que enuncia normas, y debe también decidir a qué nivel jerárquico se sitúan esas normas. Fue por una operación de ese género como, mediante la famosa decisión *Marbury*, el tribunal supremo americano decidió que la constitución tenía un valor superior al de los actos del Congreso, y es así como ciertos tribunales constitucionales invocan y aplican principios supraconstitucionales. Extraigo de ello dos conclusiones: En primer lugar, que la jerarquía de normas la construye el intérprete y es inherente a su discurso. Por otro lado, una norma es válida, si por ello se entiende la pertenencia al orden jurídico, no en razón de su conformidad a una norma superior, sino porque una autoridad afirma aplicarla. Me parece también posible retomar la cuestión de la norma fundamental: la constitución es válida no porque encuentre su fundamento en una norma hipotética, sino porque los que afirman aplicarla presuponen que ella es válida y apta para servir de fundamento a otras normas [«Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy», *International Journal of Constitutional Law,* 3, núm. 1 (1 de enero de 2005), 24-38, *https://doi.org/10.10.1093/icon/moi002*].

M. A.: *¿Y por lo que se refiere a la teoría de la ciencia jurídica y a la metodología?*

M. T.: Bajo la influencia de Charles EISENMANN, estuve marcado profundamente desde mis primeros pasos por Hans KELSEN. Sin embargo, no tardé en hacer de él una lectura o una reconstrucción realista, sin duda no muy correcta desde el estricto punto de vista de la historia del pensamiento, pero no tenía —y nunca he tenido— como objetivo ser ortodoxo ni, por lo demás, restituir la verdad de la Teoría pura del Derecho, sino extraer de ahí lo que se me presentaba como una teoría positivista de la ciencia del Derecho, filtrando todo aquello que, en la visión de KELSEN, depende de la idea de un *Sollen* objetivo, para no dejar más que la metodología de una descripción de normas entendidas solamente como los enunciados producidos por los actos de voluntad, es decir, como hechos.

También quedé impactado por el reproche de formalismo hecho a KELSEN y a la teoría analítica en general. En efecto, se constata en ellos una cierta indiferencia en cuanto al fondo del Derecho, a la historia de las doctrinas y a la historia del Derecho. Me parece sin embargo que, si se quiere dar una visión plenamente realista del Derecho, hace falta dar cuenta de lo que realmente hacen los legisladores, los jueces, los abogados o los profesores de Derecho. No es suficiente con mostrar que los jueces no se limitan a aplicar normas superiores y que en realidad crean Derecho. Hay que dejar constancia también de que lo crean y lo justifican con la ayuda de argumentos, que tienen una coherencia específica y que pueden resultar vinculantes. Por consiguiente,

debe asignarse a la teoría del Derecho un objeto más amplio: el discurso de los juristas. No se trata de una historia del pensamiento jurídico, ni incluso de una investigación sobre la influencia que el discurso pueda tener sobre el desarrollo del sistema jurídico o sobre el fondo del Derecho, sino de un examen de las condiciones en las que el sistema argumentativo bajo el que se encuentran encerrados los juristas contribuye a determinar la producción de nuevos argumentos.

Imputación y causalidad. Enseguida quise extraer las consecuencias de esta idea de que el Derecho pertenecía al mundo del *Sein*, que era un conjunto de hechos, y volver a considerar la idea kelseniana de que escapaba completamente a la causalidad. Importa sin embargo mantener la distinción entre enunciados y normas. Estas últimas no son más que el significado de los enunciados. Entre ellas, hay relaciones múltiples, en particular relaciones de imputación. A cambio de ello, los enunciados, la producción de los enunciados o incluso el acto de interpretación pueden ser considerados como hechos, que naturalmente están sometidos a la causalidad. La producción de un enunciado legislativo puede así tener múltiples causas históricas. Pero puede también concebirse que entre estas causas estén las percepciones que tengan sobre ello los productores de los enunciados y también los actores del conjunto de las normas en vigor. De esta percepción resultan para ellos restricciones diversas y, en particular, elecciones estratégicas. De la misma manera que un jugador de ajedrez puede decir que se vio obligado a hacer la única jugada que le permitía evitar el mate, un actor puede considerar que, en una cierta situación, no tenía otra elección que producir cierta disposición constitucional, cierta ley, cierto concepto o cierta jurisprudencia («La force de la contrainte et la causalité: obligation, obéissance, argumentation», en TROPER, *Le droit et la nécessité,* Paris: PUF, 2011).

Intenté aplicar estas ideas a la teoría de los conceptos jurídicos, distinguiendo, como lo había hecho a propósito del veto real, entre los conceptos jurídicos y los metaconceptos de la teoría. Estos últimos son intemporales y son producidos con el único fin de referirse a situaciones históricas variadas. En cuanto a los conceptos jurídicos, estos son los que sirven para la producción y la formulación de reglas. Están determinados, pues, por la situación del sistema jurídico a un momento histórico dado. Así, como acabamos de ver, es lo que ocurre con la cualidad de representante acordada al rey como única justificación posible para la atribución del derecho de veto y con la soberanía nacional como única justificación posible de la cualidad de representante del rey («L'histoire du droit et la théorie générale du droit», *Quaderni Fiorentini, Storia e diritto*, 2013).

Me parece que la búsqueda de una relación entre el estado del sistema y el nacimiento de los conceptos puede extenderse y aplicarse a cuestiones relevantes de la teoría general del Estado o de la teoría constitucional,

M. A.: *¿Queda todavía un rubro bajo el que agrupar tu producción teórica?, ¿no?*

M. T.: Sí, la teoría general del Derecho y la teoría de la democracia. Se trata, en primer lugar, de la eterna *counter majoritarian difficulty*. ¿Cómo comprender que, en un sistema que se presenta como democrático, los jueces puedan poner obstáculo a la voluntad de los representantes del pueblo soberano? Desde luego, me he abstenido cuidadosamente de buscar una solución a esta cuestión y he tratado de situarme en un

punto de vista estrictamente descriptivo, exponiendo los diversos argumentos dirigidos a afirmar el carácter democrático del control de constitucionalidad de las leyes, no para evaluarlas, sino para intentar entender por qué tienen tal contenido en lugar de tal otro, por tanto, poniéndolas en relación con el conjunto del sistema jurídico en el que se insertan, es decir, a la vez con la estructura de este sistema y con el discurso jurídico. Así es como los juristas se ven obligados, al reconocer el papel creador de los tribunales, a buscar una justificación, sea en una sumisión al poder constituyente, sea en la idea de que los tribunales también serían, aunque no elegidos, representantes del soberano [«The logic of justification of judicial review», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1 (1 de enero de 2003), 99-121, *https;//doi.org/10.1093/icon/1.1.99*].

Se pueden encontrar limitaciones de este tipo que permiten comprender la emergencia del Estado. En esto, de nuevo, partí de KELSEN, y muy en particular de tres de sus ideas. En primer lugar, de un fragmento de KELSEN, citado a menudo, en el que afirma que, detrás del Derecho, se oculta «la horrible cara del poder de la Gorgona». No pretendía retomar la teoría marxista del Derecho como simple reflejo de las relaciones de fuerza, sino subrayar que el poder estatal se ejerce en la forma jurídica, por medio del Derecho. Por otro lado, de la idea de que el Estado y el Derecho son una sola cosa y, por tanto, que el Estado se confunde con la forma jurídica, es decir, con la jerarquía de las normas. En otros términos, el Estado puede definirse como la empresa política en la que el poder se ejerce a través de normas jerarquizadas. La tercera idea de KELSEN es que, si el Estado y el Derecho se confunden, en cuyo caso se debe, según él, hablar del Estado *lato sensu*, solamente se está en presencia del Estado *stricto sensu* cuando el sistema está centralizado, pero, dice él, los dos conceptos están en una relación de implicación.

En mi opinión, de lo anterior se pueden extraer consecuencias importantes. Al constatar que, históricamente, la jerarquía de las normas, es decir, el Estado *lato sensu* aparece hacia el final del siglo XVI y ello es en la misma época en que el discurso jurídico dominante empieza a emplear los conceptos de Estado y de soberanía, se puede enunciar la hipótesis de que esos conceptos han emergido en razón de un límite nacido de la jerarquía de las normas. Así, la soberanía entendida como principio de imputación: desde que se admite que las normas son producidas por voluntades humanas y están jerarquizadas, es preciso entender que las normas supremas deben ser imputadas también a la voluntad de un ser real o ficticio, que no ha sido habilitado por ningún otro, cuyo poder no se justifica por alguna cualidad física o intelectual y al que, por esta razón, se le debe llamar «soberano» (*The Structure of the Legal system and the Emergence of the State, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP6Troper-pdf*).

M. A.: *En tus anteriores respuestas me das muchas sugerencias sobre por dónde proseguir con esta entrevista. Voy a tomar uno de esos hilos conductores.*

Nos has explicado de qué manera la teoría constitucional puede llevar a un estudioso a ocuparse de la teoría del Derecho. Así como tu opción por una concepción iusfilosófica que, de alguna manera, combina a KELSEN —cierta manera de entender a KELSEN— con lo que, yo diría, es también una cierta manera de entender el realismo jurídico: la de la escuela genovesa. Y lo que yo quiero preguntarte ahora es si no crees que esas inspiraciones de fondo responden a un tipo de realidad —de realidad jurídica y política— que quizá no sea ya la nuestra, o, por lo menos, que difiere en una medida considerable de la experien-

cia jurídica y política de nuestros días. Te pongo algunos ejemplos para que resulte más claro cuál es el sentido de mi pregunta.

Tú mismo señalas que la manera de KELSEN *de plantear el problema de la interpretación resulta un tanto extraña y que ocupa, en la teoría pura, el lugar de una especie de apéndice no muy coherente con el resto de la obra. Y, sin embargo, en los últimos tiempos, parece indudable que la interpretación constituye más bien el centro de las teorías del Derecho que han ido surgiendo en los últimos tiempos; pienso, desde luego, en la teoría de* DWORKIN*, pero no es el único caso. También creo que se puede decir que, aunque* KELSEN *haya sido el creador de los tribunales constitucionales de tipo europeo, el funcionamiento de estos órganos no tiene demasiado que ver con la teoría kelseniana; entre otras cosas, porque un aspecto central de lo que tienen que hacer esos tribunales es interpretar la constitución para lo cual, en mi opinión, la teoría de* KELSEN *no sirve de mucho.*

Por lo que se refiere al «realismo genovés», creo que se pueden abrigar algunas dudas sobre si verdaderamente es una teoría realista, o sea, una teoría que se ocupa de lo que es la realidad del Derecho. Así, no me parece nada obvio (nada realista) identificar sin más el Derecho con el lenguaje jurídico (aunque se incorpore también el de los operadores jurídicos) y la filosofía del Derecho con una empresa consistente exclusivamente en el análisis lingüístico. También se ha criticado a ese tipo de positivismo (pienso en autores como FERRAJOLI*) porque están anclados en el Estado de Derecho legislativo, y no han tomado en cuenta —o no suficientemente— las peculiaridades del Estado de Derecho constitucional.*

Y, en fin, una crítica a lo que podríamos llamar la teoría del Derecho dominante en los últimos tiempos (en donde, obviamente, se encuentran el normativismo y el realismo jurídico) es que conciben el Derecho casi exclusivamente como Derecho estatal, lo que significaría dejar fuera muchos otros fenómenos jurídicos, no estatales o no exclusivamente estatales, de gran relevancia en la era de la globalización.

¿Qué piensas en relación con esas posibles críticas? ¿Se aplicarían a tu concepción del Derecho, de la metodología jurídica y de la teoría política? ¿Hasta qué punto lo que se suele llamar la «constitucionalización» del Derecho afecta a tus planteamientos?

M. T.: Remarcas justamente que la actividad de los tribunales consiste ante todo en interpretar la constitución, pero concluyes de ello que la teoría de KELSEN no sirve de mucho. Como algunas veces dicen los jueces americanos, *I respectfully dissent*. Mientras que evidentemente estoy de acuerdo con la primera proposición, no me siento para nada obligado a aceptar la segunda. Hace falta, en efecto, preguntarse a quién debería servir esa teoría: ¿al tribunal constitucional?, ¿o a quienes tratan de describir o de explicar su organización y su comportamiento?

En el primer caso, es necesario distinguir entre la teoría kelseniana de la interpretación y el resto de la teoría pura del Derecho. Es cierto que si los miembros de un tribunal constitucional se preguntan cómo deben interpretar, no encontrarán en KELSEN ninguna ayuda. Y tampoco si se plantean la cuestión de saber si deben buscar principios implícitos en el conjunto del sistema jurídico, si deben proceder a balancear los derechos o también a hacer prevalecer una interpretación funcional sobre una interpretación literal. Sin embargo, también se plantean, colectiva e individualmente, y en forma permanente, otras cuestiones que afectan a su legitimidad y a la aceptabilidad de sus argumentos, y aquí es donde la parte central de la Teoría pura

les es necesaria. Quiero hablar de la estructura del orden jurídico y de la jerarquía de las normas. Ciertamente no hay una referencia expresa, pero está implícita y lo estaba por lo demás mucho antes de que KELSEN la generalice y la formalice. El mejor argumento posible consiste, en efecto, en invocar la jerarquía de normas y decir: «Nosotros no expresamos nuestra voluntad, ni nuestras preferencias personales, sino la norma superior; la constitución es superior a la ley y nosotros no hacemos más que aplicar la constitución». Era ya el argumento de John MARSHALL. Incluso los tribunales que aceptan examinar la validez de las leyes de revisión constitucional afirman que aplican principios jurídicos superiores a la constitución. Puede suceder incluso que esta idea de la jerarquía de normas parezca tan importante y tan central que el juez la invoque —en mi opinión, de manera muy equivocada— como si se tratara no de una proposición teórica, sino de un principio, dicho de otra manera, como si *debiera* de haber una jerarquía[2]. Debe añadirse por lo demás que la contradicción que ya habíamos puesto de relieve en KELSEN, entre su teoría de la estructura del orden jurídico y su teoría de la interpretación, explica que el juez constitucional no pueda invocar la segunda y que se encuentre incluso obligado a presuponer, para poder pretender que se limita a aplicar una constitución que posee una significación objetiva, que la interpretación es una actividad puramente cognoscitiva. En Francia, Georges VEDEL, un gran profesor de Derecho que llegó a ser juez constitucional, interrogado sobre el punto de si la interpretación pertenecía al ámbito de la voluntad o del conocimiento, respondió que evidentemente pertenecía al de la voluntad, pero que el juez estaba obligado a hacer como si fuera una actividad del conocimiento.

Pero con ello se ve que la teoría kelseniana es útil para los teóricos que tratan de describir y de explicar los tribunales constitucionales desde un punto de vista externo. En primer lugar está la teoría kelseniana de la interpretación, entendida como una teoría realista, que permite comprender no lo que los jueces pretenden hacer, sino lo que realmente hacen, que es ejercer un poder discrecional y hacer prevalecer sus preferencias ideológicas. Pero está también la teoría que permite comprender que la jerarquía de las normas no es solamente algo dado, en lo que los jueces encuentran una justificación, sino algo producido por ellos.

M. A.: *¿Pasamos ahora al realismo genovés?*

M. T.: De acuerdo. Lo anterior me proporciona el vínculo para abordar tu crítica al realismo a la genovesa que confieso tener alguna dificultad para interpretar. Dices en primer lugar que no se podría identificar el Derecho con el lenguaje jurídico. Sin embargo, me parece que, a menos que se postule una esencia del Derecho o una realidad de los conceptos jurídicos, no podemos percibir y describir más que usos lingüísticos. Por supuesto, no se trata de reducir el lenguaje del Derecho a enunciados y, aun menos, únicamente a los enunciados legislativos, pero precisamente una de las principales aportaciones de la escuela de Génova ha consistido en distinguir los enunciados de sus significados, esto es, de las normas, y querer analizar el conjunto de

[2] Conseil Constitutionnel, *Décision n.º 92-309 DC, de 9 de junio de 1992.* Resolución que modifica el art. 47 bis del reglamento del Senado. «Considerando que en razón de las exigencias propias de la jerarquía de las normas jurídicas en el orden interno, la conformidad con la Constitución de los reglamentos de las asambleas parlamentarias debe apreciarse tanto en relación con la propia Constitución, como en relación con las leyes orgánicas previstas por ella».

las actividades mediante las cuales los operadores del Derecho producen esos enunciados o les atribuyen significados. En cuanto a la idea de que este tipo de positivismo estaría demasiado anclado en el Estado de Derecho, no me parece acertada. Como lo dices muy bien, el lenguaje jurídico que es necesario analizar es el de los operadores y, entre estos, están evidentemente los jueces y los teóricos del Derecho. Los jueces no son solo aquellos que están encargados de aplicar las leyes, sino también los que están instituidos para aplicar la constitución. Estos tribunales no son ya percibidos como podía serlo por KELSEN, un poco ingenuamente por lo demás, como aplicadores de un texto constitucional reputado claro, pues hacen muchas otras cosas, como por ejemplo aplicar principios constitucionales que se corresponden con valores morales y entre los que habría que llevar a cabo una ponderación. Los métodos de análisis del realismo me parecen perfectamente adaptados para describir desde un punto de vista metateórico este lenguaje del Estado de Derecho constitucional, que la escuela de Génova llama «neoconstitucionalismo», practicado a la vez por los jueces y por los teóricos del Derecho. Me parece inútil por ejemplo investigar si hay una diferencia de naturaleza entre los principios y las reglas o si los valores morales se convierten o no en principios constitucionales, cuando basta con constatar que estas ideas son sostenidas efectivamente por los teóricos y sirven como fundamento para la argumentación de los jueces. Esto es lo que permite entonces definir una tarea metateórica, que es la de comprender las razones por las que estas ideas se convierten en necesarias y emergen en ciertos contextos argumentativos.

Ahora bien, estas razones se atienen al hecho de que el Derecho es un sistema en el que los actores están en relaciones de interdependencia y actúan en función no solamente de sus preferencias, sino también de sus posibilidades reales, que dependen de las acciones posibles de los otros, teniendo en cuenta sus competencias respectivas. La conexión entre el kelsenianismo y el realismo es lo que permite describir y explicar los comportamientos reales mediante la estructura del sistema.

Por lo que concierne ahora a la idea de que el Derecho es concebido hoy por las teorías dominantes como un fenómeno exclusivamente estatal, creo que se necesita, antes de discutirla, ponerse de acuerdo sobre las definiciones de «Derecho» y de «estatal». Si no hay una esencia del Derecho y menos aún del Estado, las definiciones son puramente estipulativas y no valen más que para la función que son susceptibles de realizar. Hay que partir del sentido en el que se toman esos términos cuando se sostiene que el Derecho no es exclusivamente estatal, interrogarnos sobre las razones por las que se adopta, explícitamente o no, tal o cual definición, y después sobre los beneficios que una teoría general puede obtener de ello.

Algunas de las teorías que hablan de pluralismo jurídico se basan en una definición implícita del Derecho como conjunto de normas obligatorias y efectivas en un grupo dado, y se encuentran en efecto normas que presentan estos caracteres y que no son ni producidas ni sancionadas por autoridades estatales. Sin embargo, no hay razón para calificarlas de «jurídicas», y menos para llamar «norma jurídica» a toda norma que dé lugar a una sanción cualquiera en caso de comportamiento contrario, lo que llevaría por otro lado a calificar también como jurídicas a las normas religiosas, morales o sociales. Toda teoría basada en una definición tal parece padecer de dos defectos. Por un lado, es puramente tautológica y, por otro lado, nos priva de todas las ventajas que

aporta la concepción kelseniana clásica. La primera de esas ventajas, como Norberto BOBBIO lo ha mostrado muy bien, es evitar definir el Derecho como un conjunto de normas jurídicas, porque tal definición choca con la imposibilidad de definir a su vez la norma por alguna característica propia como apuntar a la justicia, ser percibida como obligatoria, ser producida por una voluntad estatal o ser sancionada coactivamente. Se evitan esas dificultades si, como lo hace KELSEN, no se define el Derecho por sus elementos, las normas, sino que, al contrario, las normas se definen por su pertenencia al sistema jurídico. La segunda ventaja, con tal de que se defina el sistema jurídico por su estructura, es la de comprender la especificidad del razonamiento jurídico que se funda sobre la jerarquía de las normas.

En cuanto a la tesis según la cual el Derecho hoy ya no sería exclusivamente estatal, ella presupone una definición particularmente estrecha del Estado. Solo sería estatal el Derecho producido por una autoridad pública, como el parlamento, el gobierno o los tribunales, así como el Derecho derivado directamente de esa autoridad, pero no estatal aquel que no tiene su fuente en una autoridad estatal o cuya violación no es posible de sanción en aplicación de una norma estatal. Se cita entonces fenómenos muy diversos: las costumbres, las decisiones de las jurisdicciones internacionales, el Derecho de la Unión Europea, las sentencias arbitrales, la *lex mercatoria* o incluso «el Derecho transnacional» producido por organismos privados en el dominio de las finanzas o del deporte. Es incontestable que esos fenómenos son cada vez más numerosos y que tienen efectos prácticos cada vez más importantes. Hay que hacer notar, sin embargo, que los límites son extremadamente vagos, porque los productores de todas esas normas y, por tanto, las mismas normas están a veces vinculadas de diversas formas con el orden jurídico estatal, bien sea porque las autoridades que las producen hayan sido creadas directa o indirectamente por tratados internacionales, o bien porque el Estado autoriza u ordena a los tribunales aplicar esas normas. Es, por otro lado, lo que ha ocurrido desde los primeros tiempos de la construcción del Estado moderno, cuando el rey ordenó que se escribieran las antiguas costumbres e hizo así de ellas una fuente del Derecho estatal. Igualmente, los tribunales constitucionales fundamentan el carácter obligatorio del Derecho europeo en las constituciones nacionales. Se podrían multiplicar los ejemplos de integración en el orden jurídico nacional de normas producidas por autoridades no estatales, pero lo esencial me parece que está en otra parte, en el hecho de que el modo de razonar de los operadores jurídicos sigue siendo en todos los casos el mismo, en que se trata de invocar una jerarquía de normas, de interpretar o incluso de ponderar principios. El que podamos llamar jurídicos a todos estos fenómenos de los que estamos hablando depende exclusivamente de que puedan ser tratados de la misma manera que el Derecho estatal.

M. A.: *Ha quedado clara tu adscripción al positivismo jurídico y a la filosofía analítica. Ahora me gustaría que nos hablaras sobre las otras grandes concepciones del Derecho que existen hoy en la filosofía del Derecho. Sin duda, son muchas, pero aquí me gustaría que te pronunciaras sobre tres de ellas que —me parece— son quizá las más relevantes (aparte del positivismo jurídico): el iusnaturalismo, el pospositivismo y las teorías «críticas» del Derecho. En una de tus obras traducidas al español,* La filosofía del Derecho, *haces bastantes referencias al Derecho natural, pero muy pocas a las otras dos. Perfilaré todavía algo más mi pregunta.*

En relación con el Derecho natural, ¿te parece de interés alguna de esas direcciones a las que se suele denominar como neoiusnaturalistas? ¿Tienen hoy en día influencia en Francia?

A propósito del pospositivismo, me gustaría saber cuáles son tus principales diferencias con autores como DWORKIN, ALEXY *o* NINO. *Y dado que uno de los temas de los que más te has ocupado es el de la interpretación, ¿qué opinión te merece la posición de* DWORKIN *al respecto? ¿Está teniendo el pospositivismo alguna influencia en Francia o en los países francófonos? Finalmente, hace algunas décadas tuvo bastante difusión una tendencia iusfilosófica originada en Francia y llamada* «théorie critique du droit». *¿Sigue siendo una corriente pujante en los países francófonos? ¿Y a qué crees que se debe el hecho de que, hablando en general, en las corrientes «críticas» del Derecho hayan jugado un papel tan central autores franceses (no juristas) como* FOUCAULT, DERRIDA *o* BOURDIEU?

M. T.: Los teóricos que se declaran abiertamente iusnaturalistas actualmente son muy poco numerosos en Francia y afirman ser católicos. En mi opinión, son susceptibles de una doble crítica: o bien afirman principios derivados de otros principios que consideran evidentes pero a los que, en realidad, nadie está obligado a adherirse o que se pueden interpretar de diversas maneras; o bien pretenden derivarlos de la naturaleza de las cosas y chocan con la Ley de Hume. Sin embargo, el iusnaturalismo reaparece a menudo bajo una forma disfrazada, no entre los teóricos del Derecho, sino entre los dogmáticos con ocasión de los debates legislativos sobre cuestiones sociales. Se ha visto en los debates en el Parlamento sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, cuando cerca de 200 profesores de Derecho escribieron a los senadores una carta colectiva en la que declaraban, en su calidad de profesores de Derecho, que el proyecto de ley debía ser rechazado. No se referían, de todas formas, abiertamente a teorías iusnaturalistas o neoiusnaturalistas, sino que las disfrazaban con argumentos consecuencialistas sacados por lo demás de disciplinas extrajurídicas (los niños adoptados por parejas del mismo sexo no tendrían un desarrollo psíquico satisfactorio) y con argumentos tomados «de los fundamentos antropológicos del Derecho», en particular, el de que la sociedad reposa sobre la diferencia de sexos y que no se debería afectar a esos fundamentos.

En cuanto al neoiusnaturalismo, se trata de una noción más bien vaga. En Francia, la expresión se emplea raramente, y cuando se emplea, se hace en varios sentidos muy diferentes. Se ha puesto esta etiqueta, por ejemplo, a Leo STRAUSS y a varios otros autores que se apoyan también en ARISTÓTELES, como Alistair MCINTYRE o el mismo PERELMAN[3] e incluso a los que ven el Derecho natural en los derechos subjetivos nuevos, como los de los animales o los de entidades naturales como los ríos. Pero también se ha hablado de neoiusnaturalismo a propósito de autores que santifican los derechos del hombre[4] y afirman que los jueces toman sus decisiones o que deberían tomarlas no solamente aplicando reglas, sino también en relación con valores o principios objetivos que son externos al Derecho positivo, y el mismo HART no ha escapado a esta

[3] S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophique du droit naturel. Histoire des idées et des doctrine,* Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2002.

[4] A. RANAUT, «Penser le sujet de droit, aujourd'hui», en G. PHILIPPE, F. OST y M. VAN DER KERCHOVE, *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Droit 57, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1993.

calificación, a causa de su idea del contenido mínimo de Derecho natural[5]. En cuanto a DWORKIN, en ocasiones ha sido calificado de neoiusnaturalista y otras de neoiuspositivista.

Ahí precisamente reside, a mi juicio, una parte de la ambigüedad de DWORKIN, al menos del primer DWORKIN, con su teoría de los principios. En efecto, nunca se sabe si, para él, los jueces aplican realmente principios que no han sido puestos, sino que son descubiertos y que tienen naturaleza moral, o si deberían aplicar tales principios. Las dos respuestas son, por lo demás, poco satisfactorias, tanto la una como la otra.

La primera, que sería una descripción, no es empíricamente verdadera, tanto porque algunos de los principios han sido enunciados en realidad en textos jurídicos, especialmente en las constituciones, como porque si no lo han sido y las decisiones que los aplican no son anulables, eso significa que es el Derecho positivo el que autoriza a los jueces a utilizarlos. No hay ni siquiera ninguna certeza de que los jueces procedan realmente así y que se sirvan de tales principios para separarse de una regla. Algunos de los ejemplos que se dan, como *Riggs vs. Palmer*, pueden perfectamente entenderse como una interpretación banal de la ley escrita, sustituyendo la interpretación literal por una interpretación de acuerdo con la intención supuesta del legislador positivo. De manera que, en todo caso, si esos valores o esos principios se imponen efectivamente, no es más que sobre la base del Derecho positivo.

Por lo que se refiere a la respuesta prescriptiva, según la cual los jueces deberían buscar los principios, ella tropieza con las mismas críticas dirigidas a las tesis iusnaturalistas. Hay una dificultad añadida: DWORKIN piensa que los principios están dotados de un valor de verdad, pero si los jueces no proceden a tal búsqueda o si los principios que pretenden aplicar no son los buenos de acuerdo con DWORKIN, ¿serían, a pesar de ello, válidas sus decisiones?, pues, si son válidas, ¿para qué sirven los principios y para qué sirve la teoría? , y si no son válidas, entonces la visión de DWORKIN no es más que un medio de interpretar el Derecho a la luz de una teoría moral, como se ve en sus artículos en el *New York Review of Books*, que, a mi parecer, es lo que mejor hacía.

A causa de esta segunda respuesta, comprendo que sitúes a DWORKIN entre los pospositivistas, si la expresión se refiere a todos los que se oponen a la idea de que la ciencia, y en particular la ciencia del Derecho, puede limitarse a una descripción neutral de una realidad objetiva y que admiten que ella de hecho comprende y debe comprender el Derecho sobre la base de juicios de valor, en particular si esos valores están expresados en la constitución, a los que rechazan completamente la distinción entre discursos descriptivos y discursos prescriptivos o la ley de Hume o incluso la distinción entre la ciencia del Derecho y su objeto. En efecto, desde un punto de vista normativo, DWORKIN anima a tomar en cuenta los valores en la práctica jurisprudencial, pero también en la teoría del Derecho. Este pospositivismo prácticamente no ha sido teorizado en Francia. Aunque DWORKIN haya sido abundantemente traducido, lo que no es el caso de ALEXY ni de NINO, sus tesis apenas han tenido eco en las facultades de Dere-

[5] RICCIARDI, *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford,* citado por M. BARBERIS, «Le néo-constitutionnalisme existe-t-il?», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* núm. 25 (10 de junio de 2015), 101-124.

cho. Es más popular entre los filósofos, sobre todo los que se ocupan de filosofía moral o de filosofía política, y también entre los magistrados. Me parece que eso se explica bastante bien por las culturas respectivas de los profesores de Derecho y de los magistrados. Los primeros pretenden limitarse a una descripción del Derecho positivo, incluso si su práctica profesional desmiente a menudo esa pretensión. Podrán criticar una ley o una jurisprudencia e incluso invocar principios morales, pero raramente lo harán sobre la base de una reflexión epistemológica. En cuanto a los magistrados, están atrapados entre dos culturas, una que deriva de las concepciones racionalistas y legalistas de la época revolucionaria y napoleónica, que hace de ellos meros ejecutores de la ley que ni siquiera estarían autorizados a interpretarla, y, por otro lado, una cultura radicalmente opuesta, que les haría asumir un rol no solo de intérpretes, sino también de productores de Derecho. Esta segunda cultura, que se desarrolla y se extiende bajo la influencia del *common law,* pero también de la jurisprudencia de tribunales extranjeros, particularmente alemanes, y de los tribunales europeos de Estrasburgo y de Luxemburgo, tiene en realidad raíces profundas y antiguas en los tribunales soberanos del Antiguo régimen, cuyo poder político era inmenso, pero que habría sido destruido por la Revolución francesa. La reivindicación de hacer de la justicia un «verdadero» tercer poder se manifiesta principalmente en las instituciones de investigación y de formación de magistrados. Se legitima por las ideas de proporcionalidad, de ponderación, de diálogo de los jueces, indirectamente inspiradas en HABERMAS, en DWORKIN o en ALEXY, principalmente a través del tribunal constitucional alemán.

En relación al movimiento *«critique du droit»,* ha sido muy estimulante, aunque haya sido la acción de un pequeño número de personas y su efecto hoy sea reducido. Apareció en un momento muy particular, cuando las facultades de Derecho eran muy conservadoras y la cultura dominante en el resto de la universidad era el marxismo, principalmente, por lo demás, un marxismo que buscaba renovarse, particularmente bajo la influencia de ALTHUSSER y que comenzaba a prestar atención a la superestructura, en particular, al Estado y al Derecho. Para los jóvenes juristas heterodoxos, era pues natural tratar de estudiar el Derecho bajo este ángulo, e hicieron un cierto número de publicaciones y organizaron encuentros, pero hoy, una vez que el marxismo perdió en la universidad mucho de su poder, de «crítica del Derecho», el movimiento ya no existe en cuanto tal. Me parece que queda esencialmente la idea general de que el análisis del Derecho puede ser un instrumento de crítica política y el interés por la sociología jurídica.

En fin, la influencia de los autores no juristas que citas, como FOUCAULT, BOURDIEU o DERRIDA, a los que habría que añadir el nombre de Bruno LATOUR, ha sido muy grande en Estados Unidos, pero muy débil entre los juristas franceses. En cambio, esa influencia es perceptible entre los politólogos, pues hay que recordar que un gran número de ellos han tenido una formación jurídica y que ellos enseñan principalmente en las facultades de Derecho.

M. A.: *En el número 1 de* Doxa *(en 1984) en el que tú participaste, a la pregunta de cuál considerabas que había sido hasta el momento tu mayor contribución a la filosofía del Derecho, contestabas refiriéndote a tu trabajo (de 1981) sobre KELSEN, la teoría de la interpretación y la estructura del orden jurídico. Desde entonces han pasado nada menos que treinta y cinco años. ¿Cómo contestarías ahora a esa pregunta? Si tuvieras que ser re-*

cordado por uno solo de tus trabajos (por ejemplo, si alguien quisiera hacer una antología de textos de iusfilósofos contemporáneos con esa limitación), ¿cuál elegirías? ¿Y por qué?

M. T.: Siempre tengo presente ese artículo sobre KELSEN y la teoría de la interpretación, en primer lugar, porque era mi primer trabajo de filosofía del Derecho, era joven y estaba impresionado por haber sido acogido en la *Revue internationale de philosophie,* y también porque contenía en germen una concepción realista radical, formulada todavía torpemente. Pero si puedo permitirme citar otro artículo sería el de la causalidad en el Derecho, ya mencionado. Retoma la teoría de las restricciones, que constituye el complemento necesario de una teoría realista de la interpretación. Esta tropieza siempre con la objeción de que si la interpretación no es más que un acto de la voluntad y si la voluntad del intérprete no está restringida, no se puede comprender que haya una jurisprudencia coherente en lugar de decisiones vinculadas a preferencias morales o políticas de los jueces, que podrían cambiar a cada momento. La teoría de las restricciones tiene que poder explicar por qué los jueces se conforman de hecho a principios y a otros modos de justificación relativamente estables, dicho de otra manera, por qué, si bien no tienen la obligación, están obligados a ello. Este artículo no ha tenido mucho eco en tanto que trabajo epistemológico, pero, al menos a mi parecer, debería permitir conectar mejor el Derecho con las ciencias sociales, como intenté posteriormente hacer tratando de explicar la formación de los conceptos jurídicos mediante la configuración del sistema en un momento histórico dado.

M. A.: *Llegamos al final de la entrevista y me gustaría ahora que nos hablaras un poco sobre el futuro. ¿Tienes algún trabajo en marcha? ¿Hay algún tema sobre el que te habría gustado escribir y que te haya quedado, por así decirlo, pendiente? ¿Cómo ves el futuro de la filosofía del Derecho? ¿Qué crees que va a ocurrir con nuestra disciplina? ¿Está amenazada su permanencia en nuestras facultades de Derecho? ¿Hay algo que los filósofos del Derecho deberían hacer para asegurar ese futuro y que quizá no estén haciendo? ¿Qué consejo les darías a los jóvenes que están iniciando ahora (o que tienen pensado iniciar) una carrera como filósofos del Derecho?*

M. T.: Sigo con el mismo método y en colaboración con historiadores un trabajo sobre la representación. Se trata desde luego no de criticar o de alabar la teoría de la representación, sino de mostrar que ese concepto emerge necesariamente vinculado al de soberanía, en razón de restricciones argumentativas, que son inseparables de la jerarquía de normas.

En cuanto al futuro de la filosofía del Derecho, si bien me parece evidente que los juristas no dejarán de filosofar, ni los filósofos de reflexionar sobre el Derecho, y que se continuará con su enseñanza, abrigo algunos temores. El primero es que se cree (o que se amplíe) un foso entre la filosofía del Derecho y la práctica jurídica, bien porque los prácticos del Derecho pueden ser repelidos por el tecnicismo de la filosofía del Derecho, o bien porque no vean qué uso pueden hacer de ella o incluso que le reprochen el ignorar las cuestiones prácticas y el tecnicismo del Derecho y de la dogmática.

Mi segundo temor es que la filosofía del Derecho no tenga para los prácticos más que una función decorativa, que constituya para ellos únicamente una reserva de fórmulas retóricas o de argumentos de autoridad. No se trata solo de las sempiternas referencias a Antígona, sino incluso de reenvíos a teorías sobre la estructura del siste-

ma jurídico, a las que se quiere hacer jugar un papel normativo, como ocurre con la jerarquía de normas.

Pero, por otro lado, temo también que la filosofía del Derecho caiga en la tentación de querer jugar un papel en la producción del Derecho. Y esa tentación no afecta solo a los iusnaturalistas, a los que les gustaría hacer prevalecer tal o cual concepción de la justicia, sino también a los que, aun rechazando las doctrinas del Derecho natural, pretenden basar en una descripción del Derecho positivo principios de política jurídica.

A los jóvenes que quieran emprender una carrera como filósofos del Derecho, les recomendaría ante todo que no traten de ser exclusivamente filósofos del Derecho, sino que se esfuercen por ser también plenamente juristas y por estar en contacto también con la práctica.

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA*

1. CORRESPONDENCIA.

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: *doxa@ua.es*.

2. TIPOS DE TRABAJOS.

La revista aceptará propuestas de dos tipos de contribuciones: «artículos» y «notas»; ambos habrán de ser trabajos de investigación inéditos. La revista se reserva el derecho a decidir cómo clasificar los trabajos recibidos.

3. FORMATO.

Los trabajos deberán estar redactados en español (en caso de ser traducciones, el nombre del traductor constará al final del trabajo).

La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investigador, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico.

Además, para facilitar la revisión anónima, debe incluirse una copia del trabajo sin ninguna referencia al autor.

4. *ABSTRACTS* Y PALABRAS CLAVE.

Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a diez líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas.

5. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS.

Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a espacio y medio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de 15.000 palabras. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 10.000 palabras.

6. PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA ACEPTACIÓN DE TRABAJOS.

La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y pasará a informe confidencial por al menos dos evaluadores anónimos a aquellos que reúnan el mínimo de calidad pertinente. A la luz de los informes los editores tomarán alguna de las siguientes decisiones, que se comunicarán a los interesados:

a) Aceptación del trabajo.
b) Aceptación condicionada a las modificaciones requeridas.
c) No aceptación del trabajo.

7. PUBLICACIÓN.

Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número.

Se podrá requerir a los autores la corrección de las pruebas de imprenta de sus trabajos, que habrá de ser realizada y enviada en un plazo máximo de setenta y dos horas.

8. EJEMPLARES.

Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica.

9. NORMAS DE EDICIÓN.

Notas a pie de página. Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

Citas. Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

Bibliografía. Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos del autor en versalitas, año de edición del original: páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (PÉREZ, 2007a: 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (PÉREZ, S., 2007a: 10-15).

En bibliografía, seguir el siguiente orden: apellidos en versalitas, inicial del nombre, año, dos puntos y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, dos puntos y las páginas.

PÉREZ, S., 2007: «Una teoría», *Doxa*, 30 (2): 10-15.

COMPROMISO ÉTICO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho se adhiere a las directrices del EASE (*European Association of Science Editors*) y del COPE (*Committee on Publication Ethics*), que pautan unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente, de acuerdo con lo allí establecido:

A) Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir en la copia ciega cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la misma.

B) Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C) El Director, los Secretarios y los Editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses y cumplirán estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.